JUS
ECCLESIASTICUM
UNIVERSUM

JUS
ECCLESIASTICUM
UNIVERSUM

BREVI METHODO AD DISCENTIUM

UTILITATEM EXPLICATUM

SEU LUCUBRATIONES CANONICÆ

IN QUINQUE LIBROS DECRETALIUM

GREGORII IX. PONTIFICIS MAXIMI

AUCTORE

R. P. FRANCISCO SCHMALZGRUEBER

SOCIETATIS JESU

TOMUS SECUNDUS, PARS ALTERA

ROMAE

EX TYPOGRAPHIA REV. CAM. APOSTOLICÆ

1844.

INDEX TITULORUM

HUJUS VOLUMINIS

TITULUS XVIII.

De confessis.

TITULUS XIX.

De Probationibus.

TITULUS XX.

De testibus, et attestationibus.

TITULUS XXI.

TITULUS XXII.

De fide instrumentorum.

TITULUS XXIII.

De Praesumptionibus.

TITULUS XXIV.

De jurejurando.

TITULUS XXV.

De exceptionibus.

TITULUS XXVI.

De praescriptionibus.

TITULUS XXVII.

De sententia, et re judicata.

TITULUS XXVIII.

De appellationibus, recusationibus, et relationibus.

TITULUS XXIX.

TITULUS XXX.

PARS III.

Probationes, et exceptiones in lite.

In praecedenti parte legislator noster ordinationem actuum judicialium tum inter se, tum secundum tempus a judice ecclesiastico observandum ostendit: ubi multa de variis quaestionibus, quae in judicium incidere, et antequam ad causam principalem processus fiat, decidi nonnullae solent, et debent. His expeditis, ad ipsam causam principalem tractandam progredi judex debet: quod fit audiendo positiones actoris, in quibus ille intentionem suam fundat; et exceptiones rei, quibus iste illius intentionem conatur elidere. Utraeque fere probari debent. Unde qui fieri hoc debeat. Tertia haec pars libri, quem prae manibus habemus, decretalium secundi a tit. XVIII. usque ad tit. XXVI. dilucidius ostendet.

TITULUS XVIII.

De confessis.

Aliquando ab onere probandi reus actorem relevat, quod tum contingit, quando aliquam, vel aliquas ex positionibus sibi ab actore propositis fatetur; cum enim optima probatio sit proprii oris confessio, quoad illa, quoad quae reum fatentem habet, probatione actor non indiget. Ut autem sciamus, quae vis sit confessionis in judicio, sit.

§. I.

De natura confessionis, hujus varietate, et requisitis.

SUMMARIUM

1

Quaeritur 1. quid et quotuplex sit *confessio*? Resp. *Confessio* prout hic accipitur, *est ejus, quod ab adversario intenditur, in ju-*

dicio, *vel extra illud facta asseveratio*. Ita quoad rem DD. communiter, maxime Hiltr. *proc. jud. p.* 3. *tit.* 17. §. *quae requirantur etc. n.* 1. Gonz. *in c.* 1. *h. tit. n.* 4. Haun. *to.* 5. *de J. et J. tr.* 3. *n.* 507. Pirh. *hic n.* 1. Scamb. *n.* 2. Konig *n.* 1. Vviest. *n.* 1. Quatuor autem maxime modis dividi confessio solet.

1. In discretam, et indiscretam. *Discreta* est, quae fit cum expressione causae, ex qua orta est obligatio; *indiscreta*, quae generice tantum, et absque mentione causae obligantis. In exemplo, si Titius fateatur Cajo se eidem debere 100. fl. ex contractu mutui, est discreta confessio: si mentionem causae non faciat, ex qua debet hanc summam, est confessio indiscreta.

2. In simplicem, et qualificatam. *Simplex confessio* est quando quis adversarii intentionem confitetur simpliciter, et sine adjecta qualitate restringente, ut si Titius fateatur se occidisse Cajum, propter quod accusatur: hac confessione fundatur actoris intentio. *Qualificata* est, quando fatetur quidem actoris intentionem, sed adjecta conditione, vel qualitate aliqua, per quem confessio restringatur, ut si idem Titius fateatur quidem se occidisse Cajum, sed addat id se fecisse, non nisi causa justae defensionis.

2

3. In expressam, et tacitam. *Expressa*, quae etiam *vera* confessio nuncupatur, est, quae fit verbis, scriptura, vel aliis signis declarandae voluntati accommodis. *Tacita*, quae et *quasi confessio* appellatur, est, quae ex certo aliquo facto elicitur, vel a lege intervenisse fingitur: quod variis modis potest contingere. Et 1. siquis de delicto cum actore transigat, numerando ei pecuniam, vel aliud quid praestando, ut ab accusatione abstineat; cum enim suum jactare nemo consueverit, is, qui ita transegit cum accusatore, delictum confiteri censetur, et perinde, acsi condemnatus fuisset, infamia notatur; *l. athletas* 4. §. *fin. et l. seq. ff. de his, qui notant. infam.* 2. siquis sit contumax, et in judicio non respondeat, vel non recte; *cap. fin. h. tit. in* 6. *et l. contumacia* 53. §. *contumax* 1. *ff. de re judic.* ubi tamen excipitur, qui ex causa non respondet; nam ut textus *ibid.* §. *fin.* ait, *contumaces non videtur*, *nisi qui, cum obedire deberent*, *non obsequuntur*. 3. qui fugit, et judicio post litem contestatam se subducit; *l. consiliarios* 3. *cod. de assessor. et c. nullus* 4. *de praesumpt.* ubi Bonifacius papa, *nullus dubitat,* inquit, *quod ita judicium nocens subterfugit, quemadmodum ut absolvatur*, *qui est innocens*, *quaerit*; *confitetur enim de omnibus*, *quisquis se subterfugere judicium dilationibus putat*. 4. qui renuntiat liti; talis enim ostendit se non habere jus, aut saltem credere se non habere; *arg. l. si adversarius* 3. *cod. de fid. istrum.* 5. qui producit istru-

mentum, vel rescriptum: nam hic confiteri censetur ibi contenta; alias ad probationem eidem non deserviret, utpote dubiae fidei; 6. qui ad positiones ab adversario allegatas a judice respondere jussus tacet, aut obscure respondet; *cap. fin. cit.* nam hic quoad eas positiones pro confesso habetur. Neque refert, utrum omnino respondere detrectet, an vero obscure respondeat; nam ut bene Barbosa *in cap. cit.* advertit, sic respondere est, quasi nihil respondisse. Plures alios modos vide apud alios doctores.

4. Denique, et principaliter dividitur confessio in judicialem, et extrajudicialem; *judicialis* est, quae fit in jure, seu judicio. *Extrajudicialis,* quae extra illud. Praecipue de his agetur; unde

3

Quaeritur 2. an reus in judicio interrogatus de crimine respondere teneatur? Resp. cum distinctione: vel enim constat, quod judex non interroget legitime, vel constat, quod interroget legitime; vel dubium est, an interroget legitime, necne?

Si primum, est, e. g. quia judex interrogat reum de crimine, de quo nondum est diffamatus, nec aliis indiciis ad semiplenam probationem gravatus, non tenetur respondere, neque ex taciturnitate haberi potest pro confesso; quia eo casu judex egreditur limites suae potestatis, et cons. interrogat tanquam privatus.

Si tertium, iterum non tenetur confiteri; quia in dubio melior est conditio possidentis: et licet alias praesumatur superioris mandatum esse justum, non tamen in hoc speciali casu, ubi est conjunctum cum damno gravissimo.

Si secundum, aliqui cum Innocent. *in c. dudum* 22. *de elect.* existimant teneri etiam hoc casu reum interroganti judici respondere, saltem si agatur in causa capitali de damno vitae; quia, ut ajunt, praeceptum humanum, quale est judicis, non solet obligare cum tanto damno; quod confirmari potest argumento a minori ad majus; nemo enim de jure cogi potest, ut veritatem dicat contra consanguineum suum; ergo multo minus ut veritatem dicat contra seipsum. Haec sententia, cum satis probabilis sit, confessariis servire potest, quando reus persuaderi non potest, ut crimen ultro confiteatur. Ceterum contrariam judico probabiliorem, quam etiam tenent S. Thomas, Cajetanus, et alii communiter. Ratio est, quia reip. interest, ne crimina maneant impunita; et correlativa sunt judicem interrogare legitime, et reum ad interrogationem respondere debere; alias exigua judicis authoritas foret.

4

Procedit responsio etiam quoad positiones negativas, quae aliter probari nequeunt, nisi per confessionem adversarii; licet enim

ejusmodi positiones ex rigore juris civilis admittendae non sint, cum ex stricto jure illud tantummodo poni possit, quod potest probari, potest tamen quandoque judex suadente sio aequitate, si ita expedire videbitur, admittere, ut positio hujusmodi negativa formetur ab adversario; v. g. *pono verum, quod Titius privilegium nullum habeat etc.* et tunc reus tenebitur respondere affirmative, vel negative; si affirmative, illud privilegium debebit ostendere, quia tunc reus quasi excipit contra positionem actoris. Igitur tenebitur hanc suam exceptionem probare; si negative, alia probatione opus non est, sed censebitur reus confessus carentiam privilegii, et ulterius proceditur in positionibus. Ita habetur *c. statuimus* 1. *hoc tit. in* 6. et tradit *ibid.* gloss. *V. judicis.* Vivian. *in ration.* Barbos. *n.* 1. Scamb. *hic n.* 6. et alii communiter.

5

Quaeritur 3. an et quando judex reum de se confessum interrogare possit de sociis criminis? Resp. regulariter, et ordinarie interrogare de sociis eum non potest, et si ita interrogatus de iis aliquid affirmat, confessio illa eisdem non nocet; Ita Clar. §. *fin. q.* 21. *n.* 3. *vers. dictum socii*, Sabell. §. *confessio n.* 53. Vivian. *in c. cum monasterium* 1. *h. tit. vers. ad solum dictum*, Laym. *ibid. n.* 1. Gonzal. *n.* 2. Barb. *n.* 1. Vall. *hic n.* 8. Zoes. *n.* 1. Engl. *n.* 21. Pirh. *n.* 23. et hoc teste communis omnium sententia. Patet ex juris utriusque testibus; canonici quidem *can. fin. caus.* 15. 3. *veniens* 10. *de testib. c. cum monasterium cit.* civilis autem *l. peti posse* 16. *ff. de quaestion. et l. fin. C. de accusation.* Ratio est, tum quia confessus de se crimen in judicio eo ipso fit infamis, et cons. a testimonio dicendo repellitur; tum vero maxime, quia ad id proni sunt mali homines, ut optent habere socios delictorum, et poenarum, et hoc vel ob odium, et inimicitias erga personam a se nominatam, quam volunt involvere eodem secum supplicio, vel ob spem, quam concipiunt impetraturos se veniam, si alios suos complices nominaverint.

6

Dixi antem *regulariter, et ordinarie*; nam plures sunt casus, quibus interrogari criminosus de sociis in judicio potest. Et 1. quidem in criminibus, quae in perturbationem, concussionem, et perniciem reip. specialiter cedunt, ut crimen laesae majestatis, haeresis, veneficii, latrocinii, sacrilegii, falsae monetae, assassinii. 2. In criminibus occultis, et difficilis probationis, in quibus plerumque de veritate aliter constare non potest, nisi per socios criminis; quia in his ob difficultatem probationis admittuntur etiam testes inhabiles, et leviora sufficiunt indicia. 3. In iis, quae sine socio non committun-

tur, cujusmodi sunt sodomia, stuprum, adulterium, conspiratio in principem etc. quia etiam haec fere occulta, et difficilis probationis sunt. 4. In illis, quae non sunt mere praeterita, sed futuro tempore committenda cum damno reip. vel etiam privatae personae, ut si aliqui conjurarunt ad prodeudam patriam, vel hominem occidendum. 5. In aliis quibuscunque criminibus, si socii aliunde jam sint diffamati, sintque aliae contra eos probationes, et indicia. 6. Ubi consuetudo in quibusdam criminibus interrogandi potestatem indulget judici; sed Farin. *prax. crim. quaestio* 43. *n.* 123. huic juris observantiam praefert; et merito; quia ut *l. licet* 12. *ff. de offic. praesid.* dicitur, non tam, quid Romae factum, sed quid fieri debeat, spectandum, et observandum est: videantur Clar. *vers. dictum socii cit.* Menoch. *de arbitr. casu* 474. *a n.* 18. Farin. *q.* 43. *cit. a n.* 56. Mascard. *de probation. concl.* 1318. Laym. *loc. cit. n.* 2. *et seq.* Pirh. *n.* 24. *et seq.* P. Vviest. *n.* 22. P. Reiffenstuel *n.* 96. *et seq.* P. Schmier *process. judic. cap.* 8. *a n.* 52. cum aliis supra *cit.*

7

Quaeritur 4. quae requirantur, ut in relatis casibus judex reum, de se confessum, juridice interrogare possit de sociis criminis, et reus sic confessus, et nominans socios fidem faciat adversum illos? Resp. 1. Requiritur, ut judex non interroget in specie, vel in individuo de certa persona, e. g. an Titius sit particeps criminis; sed in genere solum, an reus habuerit socios; Laym. *in c.* 1. *h. tit. n.* 8. Pirh. *hic n.* 27. Vviest. *n.* 25. et alii apud istos. Ratio est, quia si in specie de aliquo interrogaret, id esset potius suggerere, quam inquirere. *Excipitur*, nisi jam aliunde de ejusmodi delicto suspecta esset persona aliqua; tunc enim posset judex adversus illam instituere inquisitionem specialem, igitur poterit de ea etiam inquirere ex ipso reo; vel nisi reus in judicio jam confessus fuisset se cum sociis deliquisse; tunc enim, si nomina eorum reus non expressit, potest judex ulterius petere, ut eos nominet; alias denuntiatio eorum in judicio esset frustranea, et imperfecta.

2. Ut, qui socios criminis relevavit, hoc ipsum postea confirmet in tortura; *l. ob carnem* 21. §. *si ea* 2. *ff. de testib.* Laym. *loc. n.* 11. Pirh. *n.* 28. Ratio est, quia reus ob confessionem delicti a se factam est infamis; infami autem non creditur sine tortura. Opus tamen erit, ut ejusmodi confessionem de socis in tortura factam altera die in loco judicii coram notario, et testibus sponte, et sine tormentorum metu ratificet, prout ratificandam principalis delicti confessionem dicetur *infra n.* 11.

8

3. Ut reus denuntiationem socii juramento confirmet. Patet ex *ff. et C. de testib.* et docet Laym. *n.* 9. Pirh. *n.* 29. Vviest. *n.* 26. Ratio est, quia in civilibus testi non creditur, nisi jurato, multo magis hoc procedit in criminalibus, cum in his exigantur clariora indicia, et probationes. *Neque obstat*, quod reo etiam non jurato credatur; hoc enim verum est solummodo, quatenus de se confitetur, non vero, quando deponit contra alium; tunc enim procedit universalis regula, quod ei, qui in judicio deponit, vel asserit aliquid in praejudicium tertii, fides habenda non sit, nisi jurato. *Excipe*, nisi de praxi curiae in aliquo loco denuntiatio sociorum a reo facta recipiatur etiam sine juramento; tunc enim praxis illa servari potest, modo non tanta depositioni sine juramento factae adhibeatur fides, quanta adhiberetur, si confirmata juramento foret.

4. Ut denuntians non habuerit inimicitias contra denuntiatum. Laym. *n.* 13. Pirh. *n.* 30. Vviest. *n.* 24. idque sumitur ex recepta doctrina, quod inimicus capitalis etiam in criminibus exceptis non admittatur ad testificandum. Ergo neque ad accusandum, vel denuntiandum; et hoc ob periculum, ne vindictae causa denuntiet.

9

5. Ut denuntians in suis denuntiationibus contra socios criminis sit constans, et perseveret; Laym. *n.* 12. Pirh. *n.* 30. Viest. *n.* 24. Hinc qui post praestitum juramentum veritatis interrogatus de sociis criminis negavit se habuisse socios, postea vero in, vel extra torturam eosdem nominat, fidem non meretur; sicut enim prius se mentitum fatetur, ita etiam nunc mentiri potest.

6. Ut reus de se confessus, praeter illum criminis defectum, non sit aliunde inhabilis ad testificandum; Laym. *n.* 14. Pirh. *n.* 31. Vviest. *n.* 24. Ratio est, quia quod infamia ex crimine confesso non obstet reo, quin denuntiare socios possit, est exceptio exorbitans a jure communi; hujusmodi exceptiones autem non extendi, sed stricte interpretari debent; *l. quod vero* 14. *ff. de legib. et reg.* 28. *in* 6.

7. Ut denuntiatio hujusmodi a reo facta suffulta sit aliis conjecturis, et indiciis criminis, ob quae verisimilis fiat; Laym. *n.* 15. Pirh. *n.* 31. Quare si reus tanquam sociam criminis denuntiet personam honestam, bonae famae, minimeque suspectam, denuntiatio ejus ipsi non oberit, nisi cum denuntiatione concurrant indicia, et praesumptiones, quae famam, et existimationem bonam, de persona denuntiata antea habitam, notabiliter superent. Potest tamen eo casu, si ex confessione rei in denuntiatum redundavit infamia aliqua, eidem denuntiato injungi a judice, ut se cum tribus aliis ejusdem

ordinis purget; Barbos. *in cap.* 1. *hoc tit. num.* 1. cum aliis: de quo *infra libr. V. tit. de purgat. Canon.*

10

Quaeritur 5. quid universim requiratur, ut confessio judicialis effectum habeat, et praejudicet confitenti? Resp. plura passim apud DD. inveniuntur requisita, quae memoriae juvandae gratia in versiculos sequentes collecta sunt.

> *Major*, *sponte*, *sciens*, *contra se*, *est jus ubi*, *et hostis*,
> *Certum*, *lisque favor*, *jus*, *nec natura repugnet.*

Igitur 1. requiritur, ut confessio sit profecta a *majore* 24. *annis*. Ubi plurimum refert, an minor sit infans, an infante major, sed adhuc impubes, an jam pubertatem adeptus. *Si infans*, etiam tutoris authoritate accedente, confessio ab eo facta habetur pro nulla; quia negotium, de quo interrogatur, non intelligit, et idcirco in judicium vocari non potest; §. *sed quod* 10. *Inst. de inutil. stipulat. l. quicunque* 4. *ff. de in jus vocand. Si infante major, et septennium jam egressus*, *sed nondum adeptus pubertatem sit*, confessio ab eo facta sine tutoris authoritate non valet; quia sine hac pupillus se obligare non potest: facta autem cum authoritate tutoris ipso jure quidem subsistit, sed laeso succurritur per beneficium restitutionis in integrum; *l. certum* 6. §. *in pupillo* 5. *ff. hoc tit. Si vero* jam sit pubertatem adeptus, videndum, an habeat, vel non habeat curatorem. *Si habet*, confessio ejus non aliter ipsi praejudicat, quam si curator intervenerit; tunc enim plane aequiparatur pupillo; *l. si curatorem* 3. *Cod. de in integr. restit. minor.* 25. *ann. Si non habet curatorem*, confessio illi praejudicat, si facta sit extra judicium, sed laesus in integrum restituitur; §. *in pupillo citat.* at si in judicio facta sit, regulariter nulla est; quia minor per se loquendo personam standi in judicio non habet; *l. in rebus* 2. *Cod. qui legit. person. stand. in judic. etc. Excipitur*, quando agitur de momentanea possessione, vel rebus spiritualibus, et quae his annexa sunt, cum enim in hujusmodi causis stare in judicio minor possit juxta *tit.* 1. *n.* 26. etiam super iis facta ab eo confessio obtinebit, reservato tamen beneficio restitutionis in integrum, ut cum Abb. Lanfranc. etc. bene advertit P. Viest. *hic n.* 3.

11

2. Ut fiat *sponte*, *et libere*, non vi, et metu extorta sit; *can. si quandoque* 1. *caus.* 15. *quaest.* 6. ubi etiam dicitur; quod confessio, quae ex necessitate fit, fidem non faciat. Et idem dicendum de eo, qui spe impunitatis sibi a judice promissae, vel alia fraude

inductus delictum confitetur. Ratio est, quia his casibus deficit praesumptio, in qua vis propriae confessionis fundatur, cum saepe ob vim, metum, aut etiam dolum quis testimonium contra scipsum perhibeat. Extenditur ad confessionem factam a reo in tormentis; nam ut ista aliquid probet adversus reum sic confitentem, tria debent concurrere. 1. Ut constet de corpore delicti, i. e. quod revera illud delictum, de quo aliquis arguitur, factum sit; unde si reus fateatur in tormentis, quod alibi homicidium, vel furtum fecerit, in eo loco inquiri debet, an aliquando tale homicidium, aut furtum ab aliquo factum sit. 2. Ut contra torquendum gravia habeantur indicia. 3. Ut tortus, seu metu in conspectu tormentorum confessus persistat in confessione. Dicitur autem in confessione persistere, qui, quod antea in tortura fassus est, altera die ad bancbum juris, ut vocant, seu locum publici tribunalis ductus, et extra tormentorum conspectum positus confessionem repetat; *l. siquis* 2. *Cod. de custod. reor.* Haec nisi concurrant, confessio etiam in tormentis facta non praejudicat confitenti; *l.* 1. §. 17. 23. *et* 27. *ff. de quaestion. et l. qui in carcerem* 22. *ff. quod met. caus.* Abb. *in c. fin. n.* 11. *et* 12. *hoc tit.* Vvesenbec. *ff. eod. n.* 3. Marant. *de ordin. judic. p.* 6. *membr.* 10. *act.* 14. *n.* 15. Engl. *hic n.* 17. Pirh. *n.* 5. Konig n. 9. Vviest. *n.* 4.

12

3. Ut *sciens* confiteatur, h. e. ut confessio procedat ex certa scientia, et non ex errore. Ubi tamen distingui debet, utrum sit error juris, an facti: item an culpabiliter commissus, vel inculpabiliter, et si culpabiliter, an ex culpa lata, an vero ex levi, vel levissima. Si error crassus sit juris clari, aut facti proprii recentis, regulariter confessio nocet confitenti, nec eam revocare licet; quia non praesumuntur haec ignorari. At si inculpabilis sit error, praecipue facti, confessio usque ad sententiam revocari potest, dummodo ejusmodi error facti ante latam sententiam ostendi, et probari possit; Hiltrop. *process. judic. p.* 3. *tit.* 17. §. *quae requirantur etc. n.* 20. Vvesenbec. *ff. hoc tit. n.* 3. Vivian. *in cap.* 3. *eod.* Vallens. *hic n.* 9. Zoes. *n.* 4. Pirh. *n.* 7. Engl. *n.* 16. Konig *n.* 7. Sannig *cap.* 2. *n.* 2. Vviest. *n.* 5. et constat ex *cap. fin. hoc tit. l. non fatetur* 2. *ff. eod. l. error* 8. *et l. seq. ff. de* J. *et* F. *I. l. quamvis* 1. *et l. error* 7. *C. eod.* Idem dicendum, si facta sit confessio, non ex proposito, sed calore iracundiae, et universim de quacunque confessione falsa; nam ejusmodi confessio non valet, nec praejudicium confitenti affert; Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de confession. n.* 10. Hiltrop. *n.* 23. Vvesenbec. *n.* 7. Pirh. *n.* 9.

4. Ut coofiteatur *contra seipsum*; nam confessio unius criminosi in judicio adversus alios socios crimiois facta, sive sponte facta illa sit, sive ad interrogationem judicis, non admittitur, nec probat adversus illos, nisi laborent infamia de hoc, vel simili crimine, aut adsint iodicia aliqua, vel aliud genus probationis; imo regulariter et ordinarie prohibitum est utroque jure, ne reus in judicio interrogetur de sociis criminis, prout dictum est supra *n.* 5.

13

5. Ut confessio fiat, *ubi jus est*, i. e. coram judice competente sedente pro tribunali. Dixi 1. *coram judice.* Hinc confessio judicialis non est, quae fit coram arbitratore; est autem judicialis, quae fit coram vero arbitro, sive deinde arbiter juris ille sit, sive compromissarius; Marant. *tit. de conf. cit. n.* 31. Maschard. *de prob. concl.* 348. *n.* 14. *et* 15. Haun. *tom.* 5. *tract.* 3. *n.* 508. Pirh. *hic n.* 2. Vviest. *n.* 8. et ratio est, quia arbitrator non cognoscit ut judex, ita autem cogooscit verus arbiter; et hinc *l. compromissum* 1. *ff. de recept. qui arb.* dicitur, quod arbitria *ad similitudinem judiciorum redigantur.* Similiter confessio judicialis non est, quae fit coram notario extra judicium, etiam praesente altera parte, si judex non adsit; Marant. *n.* 30. Hiltrop. *a n.* 4. Barbosa *in cap. fin. hoc tit. n.* 8. Pirh. *hic n.* 2. et ratio est, quia notarius non habet potestatem recipiendi tales actus judiciales sine mandato, et commissione judicis. Quodsi tamen coram notario causae apud protocollum confessio facta sit, judicialis etiam dici, ut Hiltr. *n.* 5. observat, ex recepta consuetudine poterit, additque ratiooem; quia plerumque actus legitimi, qui in judicio coram judice expediuntur, etiam coram notario hodie expediri possunt, et eandem vim habeot. Dixi 2. *cor. judice competente*; nam sicut sententia irrita est, quae fertur a judice incompetente, ita et confessio coram eodem facta; *c. at si clerici* 4. *princ. de judic.* Hiltr. §. *cit. n.* 10. Vvsenb. *ff. h. tit. n.* 5. Perez *cod. eod. n.* 6. Engl. *n.* 14. Kooig *n.* 17. Vvies. *n.* 8. Habebit igitur hujusmodi confessio coram judice incompetente facta, vim tantum extrajudicialis confessionis, quae non plene probat. Dixi 3. *coram judice sedente pro tribunali*; quia ea communiter judicialis dicitur, quae fit in jure; *l. un. cod. hoc tit.* jus vero dicitur ibi esse, ubi judicaodi gratia judex sedet; *l. jus* 11. *ff. de J. et J. Excipitur*, si causa non requirat plenam cogoitionem; nam in summario judicio valet coofessio extra tribunal facta; imo usu receptum est teste Hiltr. *n.* 4. *cit.* quod judex non solum in praeparatoriis, sed etiam in decisoriis possit extra judicium, et domi suae partium respoosiones recipere, licet sententiam ferre non possit, nisi in loco judicii.

14

6. Ut confessio fiat *praesente adversario*; hic enim *hostis* nomine in versibus *n.* 10. allatis intelligitur. Sufficit autem, si adsit confessioni hujus procurator, habens ad hoc speciale mandatum, ut habetur *l. certum* 6. §. *siquis* 3. *ff. h. tit.* ubi ratio indicatur, quod *non soleat quis absens condemnari*. Procedit autem hoc solum de jure civili; nam de aequitate canonica parte absente facta confessio valet, et plenam fidem meretur; Ab. *in cap. fin. h. tit. n.* 16. Honor. *hic n.* 10. Engl. *n.* 12. Konig *n.* 20. Vvies. *n.* 9. Ratio est, quia in confessione de jure canonico consideratur deliberatio et veritas, quarum neutram praesentia adversarii auget, vel absentia ejusdem minuit. Imo etiam de jure civili confessio absente adversario facta valet, et plenam fidem meretur in duplici casu. *Unus* est, quando ejusmodi confessio, parte absente facta, a judice, vel etiam alio nomine absentis in judicio acceptatur, et postea ab absenti ratificatur; Perez *cod. hoc tit. n.* 7. Zoes. *ff. eod. n.* 4. Vvies. *hic n.* 9. Schamb. *n.* 2. *Alter*, si relata sit in protocollum, vel aliam scripturam, quae postea adversario communicetur; cum enim scriptura semper loquatur, non tantum judici, sed etiam parti adversae confessus esse censebitur, ac proinde confessio haec plenam faciet fidem, ut advertit Abb. *in c. fin. cit. n.* 15.

7. Ut sit de *re certa* quoad substantiam, et quantitatem; *l. certum* 6. *pr. ff. hoc cit.* glos. *ibid. V. certum.* Hiltr. *l. cit. n.* 11. Perez *cod. h. tit. n.* 8. Vvsenb. *ff. eod. n.* 4. Brunnem. *in l. certum cit. n.* 1. Zoes. *hic n.* 3. Sannig. *c.* 2. *n.* 2. Vvies. *n.* 6. Ratio est, quia confessio parit sententiam: ergo sicut haec certa debet esse, ita et confessio. Confessio incerta igitur confitenti non praejudicat: interim tamen, si ita suadet ratio, et de substantia ex confessione liqueat, confessus urgeri potest, ut certum confiteatur; *l. certum cit.* §. *siquis* 2. *et DD. cit.*

15

8. Ut fiat *in judicio*; hoc enim *litis* nomine significatur. In hoc distinguitur judicialis confessio ab extrajudiciali.

9. Ut non sit facta *in favorem confitentis*; nam in favorem confitentis facta regulariter loquendo non habet vim probationis; *l. rationes* 6. *C. de probat.* quia sicut nemo judex, ita nec testis potest esse in propria causa ob fidem suspectam.

10. Ut sit de re, quae neque *rerum naturae*, neque juri adversatur: qualis esset confessio qua quis fatetur Titium esse suum filium, qui tamen majoris est aetatis, quam sit ipsemet, vel siquis confiteatur se occidisse hominem, qui adhuc vivit; *l. confessionibus* 13. *ff. de interrog. in jur. fac. l. inde* 23. §. *fin. ff. ad leg. Aquil.*

quia confessio debet esse verisimilis. Inde fit, quod, ubi crimen relinquit vestigium, nunquam procedatur ad executionem, utcunque reus confessus illud, vel de eo etiam convictus sit, nisi, ut *supra n.* 11. monui, prius de corpore delicti constet et hinc quando aliquis fatetur de homicidio, prius inquiritur de cadavere, vel si furtum quis confiteatur, indagatur, an revera tale furtum in tali loco, sicut asseritur, commissum sit etc.

Addunt aliqui 11. cum Vvsenb. *ff. h. tit. n.* 5. et Perez *cod. eod. n.* 8. ut fiat cum *expressione causae*, quod alias facta non videatur ex certa scientia, sed potius ex abrupto. At verius expressio causae non exigitur; Abb. *in cap. fin. cit. n.* 14. quia facta judice praesente deliberato animo, et non nisi de re certo cognita facta praesumitur.

16

Quaeritur 6. an confessio judicialis requirat sententiam definitivam judicis, quae ferri debeat contra confessum in judicio? Celeberrima haec quaestio est apud DD. nec tamen hodiedum ita discussa adhuc, ut quaenam opinio verior sit, satis liqueat.

Prima sententia negat requiri sententiam: quod probat variis juris civilis textibus; nam 1. passim leges dicunt confessum in jure haberi pro condemnato; *l. confessus* 1. *ff. hoc tit. l. un. cod. eod. l. sicut* 4. *C. de repud. vel abstin. haer.* 2. *l. post rem judicatam* 56. *ff. de re judic.* confessio aequiparatur rei judicatae; *et l. certum* 6. *§. fin. ff. h. tit.* dicitur, quod quadrimestre tempus, quod datur judicatis, statim currat a confessione. 3. *l. proinde* 25. *in fin. ff. ad leg. aquil.* dicitur, quod *nullae sint partes judicandi in confitentes.*

Altera sententia, et longe plurium affirmat definitiva opus esse, et probat hoc 1. Ex *l. Julianus* 3. *ff. h. tit.* ubi dicitur confessum condemnandum esse, quia pro judicato habetur. 2. Ex *l. de qua re* 74. *ff. de judic.* ubi habetur, quod judex, qui cognovit de causa, debeat quoque super illa pronuntiare. 3. Ex *l. fin. cod. de execut. rei judic.* ubi confessi, et convicti per probationes aequiparantur, et statuitur, in utrosque, si condemnati fuerint, executionem debere fieri. 4. Ex *c. cum super* 2. *h. tit.* ubi qui se simoniacum in judicio confessus est, jubetur per sententiam definitivam ab omni beneficio, et officio deponi.

17

Tertia, et probabilior utitur distinctione inter causas criminales, et civiles. *Quoad causas criminales* facile omnes tertiae istius sententiae doctores conveniunt, quod contra confessum requiratur sententia definitiva, sive praecedat confessio contestationem litis, si-

ve sequatur: quod satis patet ex *c. cum super cit. et l. si confessus* 5. *ff. de custod. et exhib. reor.* Ratio est 1. quia in criminalibus, nisi alia criminis indicia adsint, confessus pro condemnato non habetur, tum ob maximum periculum vitae, tum ob incertitudinem poenae irrogandae. 2. Quia rei aliquando non tam facinorum conscientia, quam mortis cupidine, taedioque vitae, aut carceris, metuque tormentorum contra se confitentur. 3. Quia ad poenam, exceptis censuris, et irregularitatibus, et poena in incestuosum conjugem lata, ante sententiam non datur obligatio; *arg. cap. cum secundum* 19 *de haeret. in* 6. Ita Perez *C. h. tit. n.* 3. Brunn. *ib. n.* 7. Zoes. *ff. eod. n.* 10. Honor. *hic n.* 35. Scham. *n.* 10. Vviest. *n.* 12.

18

Quoad causas civiles non conveniunt DD. nam aliqui cum Marant. *tit. de confess. n.* 26. indistincte negant in his causis sententia opus esse, ex ratione, quia in illis non vertitur tantum praejudicium, quantum in criminalibus; ut proinde in his confessus haberi pro judicato possit juxta *l. cit.* pro negativa sententia, et tempus, quod ei datum est jure, ad executionem solum, sive solutionem assignatum esse, sit judicandum, prout innuit *l. si debitori* 21. *ff. de jud.* Sed probabilius loquuntur, qui distinguunt inter confessionem factam ante contestationem litis. *Si facta sit ante contestationem* litis, concedendum non requiri sententiam definitivam, sed sufficere praeceptum judicis de solvendo, juxta *l. si debitori cit. et leg. un C. hoc tit. Si vero post contestationem*, dicendum, quod adversus eum, qui post litem contestatam primum confessus est, requiratur sententia condemnatoria. Ita Abb. *in cap. fin. h. tit. n.* 18. Perez *cod. eod. n.* 2. Brunn. *ibid. n.* 6. P. Vvies. *hic n.* 13. propter expressos textus *c. praeterea* 10. *de trans. ibi: ex confessione contra eos sententia procedere debeat*; *l. Julianus* 3. *et l. qui Stichum* 5. *ff. hic*, quibus confessum condemnandum diserte asseritur: idem persuadet ratio; quia judicium semel coeptum sententia terminandum est, et judex, de qua causa cognovit, super eadem pronuntiare debet; *l. de qua re* 74. *cit.*

19

Neque contrarium probant argumenta praecedentium duarum opinionum. *Secundae* argumenta nostrae serviunt; neque enim ante contestationem litis judicium datur. *Ad* 1. *argumentum primae sententiae* dico, confessum pro judicato, et condemnato proprie non haberi, ut cum aliis notat Abb. *n.* 18. *cit.* et indicat *l. confessus cit.* ubi additur *quodammodo*, quod improprietatem denotat; *Conf. ex ratione*; quia nemo seipsum aut judicare, aut condemnare potest. *Ad* 2. id intelligendum sub data distinctione inter confessionem, quae facta

est ante, et post contestationem litis. *Ad* 3. cum dicitur, quod in confitentes nullae sint partes judicis, subintelligendum est, *nisi in condemnando,* i. e. nisi ut confitentem condemet; quia confessione hac legitime facta, judex ulteriori inquisitione, et cognitione opus non habet; Perez *num.* 2. *citat.*

§. II.

De effectibus confessionis, et ejus revocatione.

SUMMARIUM

20

Quaeritur 1. qui sint effectus confessionis judicialis? Resp. varii afferuntur, ut videre est apud Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de confess. a n.* 21. Hiltrop. *p.* 3. 17. §. *de effect. judic. confess.* Pirh. *hic n.* 19. Konig. *a n.* 24. Vviest. *n.* 11.

Et 1. quidem est plenissima probatio, ita ut superet, et infringat omnes alias probationes factas per testes, et instrumenta in favorem confitentis contrarium; *cap. diligenti* 7. *de praescript. cap. dilecti* 2. *de capell. monach. l. confessus* 1. *ff. et l. un. Cod. hoc tit.* Rota rom. *in nov. p.* 3. *decis.* 758. *n.* 2. *et decis.* 191. *n.* 12. *p.* 4. *tom.* 1. *decis.* 157. *fin.* Et propterea non est mirum, quod per eam ab onere probandi relevetur actor, cum nulla sit probatio melior, quam proprii oris confessio; ut proinde utilissime admittatur in judicio, cum per eam veritas controversiae sine longioribus ambagibus eruatur. *Excipitur*; nisi quod aliquid confitetur, tale fit, ut simul cedat in praejudicium reip. ut si dominus judici contra aliquem inquirenti de furto diceret, se non fuisse invitum; cum

enim reip. intersit crimina non manere impunita, assertioni ejusmodi non creditur in judicio, nisi is, qui abstulit, fuerit amicus, vel res ablata exigui pretii, aut alia indicia pro eo concurrant. Hoc tamen in eo casu operatur hujusmodi confessio, ut si contra reum agatur ex meris praesumptionibus, ipsa maximam praesumptionem pro eodem faciat, ita ut in tali casu reus non possit torqueri, licet alias adessent sufficientia indicia ad torturam, ut post Bartol. Alex. et alios docet Konig *hic n.* 10. et ratio est, quia praesumptio contra reum per contrariam praesumptionem ex confessione partis laesae eliditur.

21

2. Inducit notorium *per cap. vestra* 7. *de cohabit. Clem. et mulier.* Hinc viam appellationi praecludit; *c. pervenit* 13. *et cap. seq. de appell. l. observare* 2. *C. quor. appell. non recip.* Estque hoc verum, etsi confessus quis sit sponte, ac voce propria, licet convictus non sit; neque refert, an causa, de qua agitur, sit civilis, an criminalis, ut notant Abb. *in c. cum speciali* 61. §. *porro n.* 5. *de appellat.* Covar. *pract. qq. c.* 23. *n.* 5. *concl.* 2. Hiltrop. §. *cit. n.* 12. Pirh. *hic n.* 19. Schamb. *n.* 9. *Excipitur* casus, quo reus confessionem in judicio factam ex causa revocavit, tunc enim nihil obstat appellationi.

22

3. Tollit praesumptionem juris, et de jure, ita ut etiam si aliae probationes contra hujsmodi praesumptionem non admittantur, admittatur, tamen contra illam probatio in contrarium per confessionem partis; Marant *p.* 6. *tit. de confess. n.* 22. Mascard. *concl.* 334. *n.* 3. Hiltrop. *loc. cit. n.* 6. Pirh. *hic n.* 19. Schamb. *n.* 8. Konig *n.* 26. Vviest. *n.* 11. et ratio est, quia propria confessio fortissimam pro se praesumptionem veritatis habet; cum enim nemo praesumatur veritatem fateri contra seipsum, nisi coactus, si fateatur, id, quod fatetur, merito haberi pro vero debet.

23

4. Locum invenit etiam post conclusionem in causa Mynsing. *cent.* 1. *observat.* 34. *fin.* Marant. *n.* 23. Hiltrop. *n.* 7. Konig *n.* 27. cum aliis supra allegatis. Ratio est, quia licet renuntiatum sit probationibus, non intelligitur tamen renuntiatum etiam confessionibus per textum *c. Joannes* 10. *de fid. instrum.* Extendit istud Hiltrop. *loc. cit.* et ait procedere etiam post latam sententiam; semper enim debet veritati locum esse.

5. Sanat omnes defectus processus, adeo, ut, etsi processus ob juris ordinem non servatum, vel alium quaecumque defectum nullus sit, et propterea sententia ex eo ferri non possit, confessio ta-

men, modo coram competente judice, et cum aliis supra requisitis fiat, valida sit, et sententia ferri ex ea possit; Mascard. *concl.* 344. *cit. n.* 4. Hiltrop. *n.* 9. Marant. *n.* 24. Konig *n.* 19. cum reliquis *supra*; et ratio est, quia ad valorem confessionis processus non requiritur.

24

6. Per confessionem res judicata retractatur: Hiltrop. *n.* 13. et apud hunc *cit.* Et hoc iterum peculiare habet confessio prae aliis probationibus; per has enim retractari sententia, quae in rem judicatam transiit, non potest; at si pars victrix ultro confiteatur sententiam esse injustam, judex illam non exequetur.

7. Aequiparatur rei judicatae; quod intelligendum juxta dicta e *n.* 17. sc. ut requiratur sententia in causis criminalibus, et etiam civilibus, quando confessio facta est post contestationem litis.

25

Quaeritur 2. quem effectum operetur confessio extrajudicialis? Resp. hujus, quod non ita deliberata esse praesumatur, vis minor, quam confessionis judicialis, nec semper eadem est; sed pro ipsius, et causarum, quas concernit, ac circumstantiarum, in quibus fit, varietate varia. Communiter distinguunt DD. inter eam, quae fit in causis civilibus, et eam, quae fit in causis criminalibus.

Si causa sit civilis, et pro hac confessio extrajudicialis producatur in judicio, distinguendum, an ejusmodi confessio tendat ad liberandum debitorem, quia sc. confitemur nobis satisfactum esse pro debito, et liberamus ab isto adversarium, an vero tendat ad obligandum confitentem.

Si primum, e. g. quando dico; *Confiteor te mihi non teneri*, confessio talis operatur, et probat plene effectum liberationis, modo sit ab adversario acceptata, ut colligitur ex *l. tale pactum* 40. *ff. de pact.* et docet Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 17. §. *de extrajud. confess. n.* 2. Ratio est, quia confessio liberatoris facta ab eo, qui remittere potest debitum, continet vim pacti, et inducit liberationem debiti.

26

Si secundum, interdum plene, interdum semiplene, interdum nihil omnino probat. *Plene probat*, si sit discreta, h. e. adjecta causa specialiter expressa, ut *confiteor me debere* 100. *Titio ex causa accepti mutui*, sique insuper aut in scriptis, aut viva quidem voce, sed praesente tamen adversario facta, ac per duos testes integrae fidei probata fuerit, ut habetur *c. si cautio* 14. *de fid. instrum. l. generaliter* 13. *C. de non num. pecun. Excipe*, nisi ex circumstantiis appareat contrarium, ut si aliquid in calore iracundiae dictum est, vel si evidentissimis rationibus in scriptis ostendatur contrarium etc.

Semiplene probat, si discreta quidem sit, sed fiat absente adversario, vel si praesente quidem adversario fiat, sed discreta non sit, et causam non exprimat. Quod tamen intelligendum est regulariter; nam aliquando ad plenam probationem sufficit confessio extrajudicialis etiam absente adversario facta, uti est 1. si confessio ejusmodi sit recepta in scriptis, vel instrumento; *l. generaliter cit.* 2. Si fuerit jurata, nam ratione juramenti appositi censetur deliberate facta, et ex certa scientia. 3. Si fuerit repetita post intervallum; quia repetitio supponit deliberationem. 4. si facta fuerit pro causa pia ob hujus favorem; Pirh. *hic n.* 37. *et* 38. aliique apud ipsum.

27

Nihil omnino probat, si sit indiscreta, et fiat absente adversario. Excipiuntur quatuor supra relati casus, in quibus confessio etiam indiscreta aliquando plene, aliquando semiplene probat, prout sc. major, vel minor deliberatio in confitente praesumi potest. Videantur Mascard. *concl.* 345. *et* 347. Marant. *tit. de confess. n.* 2. *et seqq.* Hiltrop. §. *cit. n.* 2. Vvsenbec. *ff. hoc tit. n.* 10. Perez *C. ibid. n.* 17. *et* 18. Barb. *in c.* 3. *eod. n.* 3. *et* 10. Sabell. §. *confessio n.* 3. Haun. *tom.* 5. *tr.* 3. *n.* 56. Vallens. *hic n.* 6. *et* 7. Pirh. *n.* 36. Konig *n.* 29. Sannig. *c.* 3. *n.* 2. Schambog. *n.* 17. Vviest. *n.* 34. *et* 35.

Ratio hujus adeo diversae efficaciae est, quia quando fit sine expressione causae, et absente adversario, praesumitur processisse ex praecipitantia, et indeliberatione; si cum expressione causae, vel absente adversario, aut vicissim, aliquali deliberatione facta praesumitur, adeo ut actori pro se habenti talem confessionem deferri juramentum suppletorium possit; at si cum expressione causae, et praesente adversario, vel in scripto facta sit, de deliberatione non potest esse dubium. Et hinc revocari non potest, nisi error probetur: ratio est, quia tolerari non debet, ut qui praesente adversario semel tamen deliberate, licet extra judicium, aliquid est confessus, postea in judicio neget, vel alias probationes postulet.

28

In causis criminalibus distinguendum est, an confessio sit contra ipsum confitentem, an vero contra alium tertium. *Si contra ipsum confitentem* facta sit, non quidem vim probationis plenae, et ad confessi condemnationem sufficientis habet, aliquando tamen indicium facit sufficiens ad torturam, prout sumitur ex *c. olim* 25. *de rescript.* et notat Marant. *tit. de confess. n.* 3. Hiltrop. §. *cit. numer.* 3. Sabell. §. *confessio numer.* 4. Vvesenbec *ff. hoc tit. n.* 10. Honor. *hic n.* 10. Pirh. *n.* 40. Konig. *n.* 31. Vviest. *n.* 32. Opus tamen est, ut talis confessio non calore iracundiae, aut alias temere effusa, sed verisimilis, et postea in judicio legitime probata sit.

Quodsi autem confessio facta sit contra alium tertium, ne quidem judicium facit ad torturam sufficiens, imo aliquando vix sufficit ad purgationem canonicam inducendam, sed solum inducit praesumptionem aliquam, quae torturam, si sola adsit, non sufficit, ut *loc. cit.* advertunt Hiltrop. Vvesenbec. Pirh.

29

Quaeritur 3. qualem effectum habet confessio sacramentalis, si in judicio producatur? Resp. nullum omnino; quia fit Deo, non homini; et cons. extra commercium humanum est. Ita TT. et canonistae orthodoxi omnes. Proceditque hoc non tantum de sacerdote, apud quem deposita illa est, sed etiam de iis, qui cum propius sacro tribunali adstarent, peccata confitentis, ab hoc clariori voce confessario enarrata, auscultarunt; quia hi non minus, ac confessarius, ad silentium obligantur, et universalis est regula, scientiam, quae ex confessione quomodocunque obtinetur, non esse applicabilem ad ullum usum humanum.

30

Dubium est, an processus inquisitionis, in reum apprehensum formatus, adjuvari possit per schedam, in qua apprehensus vitae suae totius peccata descripsit, si haec in judicio producatur? *Ratio dubitandi* est 1. quia ut Navar. *can. sacerdos* 2. *de poenit dist.* 6. *n.* 8. Henriq. *summ. l.* 6. *c.* 20. *n.* 2. Coninck. *de sacram. poenit. D.* 9. *dub.* 3. *fin.* et alii magni nominis DD. volunt, ejusmodi scheda secretum solummodo naturale inducit, sicut secretum naturale contrahit, qui peccata alterius, dum ad confessionem se praeparat, ex ore ejus alta voce eadem recolentis audiat. 2. Quia hujusmodi scheda non est confessio sacramentalis, sed praeparatam duntaxat illius materiam continet, ut adeo in illa ratio secreti cesset, quo ipsa confessio arcana servari debet. 3. Quia scheda hujusmodi alio fine, quam confessionis sacramentalis peragendae, conscribi potuit, e. g. ad impediendum, tricis implicandum, et calumniis obnoxium reddendum processum; quo fine conscriptam supprimere, et flagitia ibi descripta celare non aliter obligatur inventor, quam quivis alius cui illa ex ipsiusmet rei, vel complicum relatione innotuerunt.

31

Sed dicendum, ejusmodi scriptam peccatorum relationem non posse ulli usui esse in judicio adversus scribentem, sed ab actis judicialibus omnino rejiciendam. Ita Riccius *decis.* 172. *p.* 1. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 16. *n.* 120. Sabell. §. *confessio n.* 7. P. Vviest. *hic n.* 41. *P.* Reiffenstuel. *ibid. n.* 136. et novissime clariss. P. Schmier. *process. judic. c.* 8. *n.* 188. et omnes illi, qui cum Rodriq. *sum. tom.* 1. *c.* 15. *n.* 4. Tolet. *l.* 2. *de restit. c.* 4. *n.* 461. Malder.

tr. de sigill. conf. c. 13. Fagund. *de* 2. *praec. eccl. l.* 6. *c.* 5. *n.* 16. Diao. *p.* 3. *tr.* 5. *resol.* 102. Stoz. *trib. paen. l.* 2. *q.* 5. *n.* 215. docet talis schedae inventorem ad celanda peccata ibi descripta obligari sub sigillo sacrameotali.

Ratio est 1. quia ex omnium sententia hujusmodi scheda inventa inducit sigillum vel sacramentale, vel saltem naturale tam arctum, ut quemadmodum Laym. *l.* 5. *tr.* 6. *c.* 14. *n.* 19. ex Navarri, et sectatorum illius mente loquitur, in casu solum maximae necessitatis, v. g. ad remp. vel vitam innocentis, cujus saluti aliter non posset consuli, liberandum illud revelare sit licitum, et tum praecise eatenus, quatenus id praecise necessarium est ad impediendum majus malum; unde dicunt, nec judicem, nec praelatum ex sola tali notitia ad inquisitionem, vel punitionem posse procedere, et si processus sit institutus, eum rescindendum, et pro infecto habendum. 2. In praxi semper in materia secreti ex confessione hausti tenendum est, quod magis consulitur reverentiae sacramenti, illudque minus odiosum redditur. Atqui negando ejusmodi schedae usum in judicio magis consulitur reverentiae sacramenti, prout est indubitatum, illudque minus odiosum redditur, quam si notitiae inde haustae usus esset in judicio; homines enim eum usum interpretari possent pro violatione sigilli: ergo etc. 3. Non minus hujusmodi scheda refertur ex fine suo ad sacramentum poenitentiae, quam ad illud refertur scriptura, quam superiori subditus offert, et in ea petit facultatem absolvendi a reservatis. Atqui haec ex mente card. de Lug. *de poenit D.* 23. *n.* 49. legentem sub sigillo confessionis obligat: ergo sub eodem obligabit etiam hujusmodi scheda, in qua eo fine peccata confitentis exarata sunt, ut illa melius exponantur sacerdoti ad obtinendam ab eo absolutionem sacramentalem.

32

Neque urgent argumenta opposita. *At* 1. cum valde multi gravissimi DD. velint, quod notitia ex tali scheda accepta cadat sub sigillum sacramentale, saltem periculum est, ne hoc revera violetur: quod majus malum est, quam illud sit, quod aliquando aliquis revera nocens poenam jure debitam non consequatur. Deinde esto, sigillum tantum naturale inducat, tale tamen inducit, ut illius usus vel nullus, ut vult Rodriq. *loc. cit.* vel in casu solum rarissimo sit, ut cum Laym. *loc. cit.* contendunt alii. *Ad* 2. negatur, quod talis scheda remotam solum materiam confessionis contineat; sed est quaedam peccatorum manifestatio unice relata ad sui accusationem, et absolutionem, sacramentalem: unde tanquam inchoata quaedam confessio eodem sigillo esse munita debet, quo ipsa confessio perfecta, ut sic sacramentum confessionis minus odiosum reddatur. *Ad.* 3. etsi

alio fine conscribi scheda hujusmodi possit, intuitu tamen confessionis conscripta esse, quando de contrario non constat, pro certo haberi debet, cum ex millenis vix una, imo nec una quidem alio fine conscribatur.

33

Quaeritur 4. an confessio qualificata noceat confitenti, ita, ut ab adversario, vel judice acceptari possit quoad substantiam, rejici quoad qualitatem? Resp. distinguendo; vel enim qualitati annexae confessioni obstat aliqua praesumptio juris, vel non. *Si prius*, confessio quad substantiam admitti potest, quoad qualitatem rejici, ut si reus confiteatur se occidisse, sed ad defensionem propriam, vel si dicat se contumeliosa verba sparsisse in aliquem, sed non animo injuriandi; nam huic, si qualitatem annexam non probet, non creditur, sed statur confessione deposita quoad substantiam, rejecta qualitate, eo quod contra hanc militet praesumptio juris, quae est, ut quilibet occidens, vel dicens verba contumeliosa censeatur habere animum offendendi; *l. frater* 1. *C. ad leg. cornel. de sicar. et l. si non convitii* 5. *C. de injur.* quare, ut elidatur haec praesumptio, probatione est opus; alias ita confessus damnabitur a judice, non tamen ad poenam ordinariam, e. g. capitis pro homicidio sic confesso, sed aliam mitiorem; Abb. *in cap.* 15. *de praescript. n.* 32. Menoch. *de arbitr. cas.* 93. *n.* 38. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 17. §. *de effect. cofess. judic. n.* 23. Haun. *tom.* 5. *tr.* 3. *n.* 514. Konig *n.* 32. Reiffenst. *n.* 126. et alii ab his *citt.* Ratio est, quia ad supplicium capitis requiruntur manifestissimae probationes, qualis non est confessio pro parte acceptata, et pro parte rejecta.

34

Si posterius fiat, et contra ejusmodi qualitatem confessioni annexam nulla sit praesumptio juris, plurimum refert, an qualitas talis sit a negotio principali penitus separata, ac cum novo facto conjuncta, vel non. *Si hoc secundum*, ut si reus confiteatur se promisisse sub conditione, vel se recepisse 100. quae sibi debebantur ex causa mutui, eo casu confessio debet acceptari tota, vel tota repudiari, quia qualitas, et conditio non separabilis a negotio principali censetur esse pars ejus. *Si primum*, ut si reus dicat: *Verum est, quod mutuos dedisti mihi* 100. *sed pactus es de non petendo*; in eo casu confessio acceptari potest quoad debitum de mutuo, rejici quoad pactum de non petendo, donec probetur; quia secundum priorem partem potest vera esse, falsa secundum posteriorem; Abb. *in c. bonae* 4. *de postul. praelat. n.* 29. Bartol. *in l. Aurelius* 28. §. *idem quaesiit ff. de liber. legat.* Marant. *tit. de confess. n.* 27. Boerius *decis.* 243. *n.* 3. Perez *C. hoc tit. n.* 15. Sabell. *summ.* §. *confes-*

sio n. 61. Honor. *hic n.* 30. Pirh. *num.* 14. Konig *n.* 32. *in fin.* Reiffenstuel *num.* 114. et novissime clariss. P. Schmier *proc. jud. c.* 8. *n.* 101.

35

Quaeritur 5. quid operetur confessio facta in testamento vel alia ultima voluntate? Respond. cum distinc: vel enim testamentum tale est revocatum, vel non est revocatum. *Si primum*, revocato testamento, censetur etiam confessio revocata, nisi acceptata fuerit a parte praesente, vel notario pro ea stipulante; nam tunc transit in contractum, nec potest revocari; Sabell. §. *confessio n.* 18. et apud hunc *cit. Si secundum*, altera distinctio est adhibenda, et videndum, an hujusmodi confessio tendat in praejudicium tertii, an vero in nullius cedat praejudicium, praeterquam confessi. *Si prius*, adversus istum etiam a testatore in extremis constituto facta non probat; *arg. l. verba* 6. *C. de testament. l. siquis* 3. §. *siquis moriens* 1. *ff. de S. C. silanian. et novell.* 48. *cap.* 1. §. 1. Neque obstat, quod eo emptore nemo credatur temere aliquid effutire; nam universaliter nulli creditur in praejudicium tertii; Haun. *tom.* 5. *tr.* 3. *n.* 517. Zoes. *ff. hic n.* 22. Pirh. *n.* 39. Konig *n.* 32. Et hinc etsi pater in testamento confessus sit filium commisisse ingratitudinem, et propterea se eum exhaeredasse, non tamen eo casu credendum est assertioni patris, sed haeres tenetur probare causam allegatam pro exhaeredatione; quia praesumptio est pro filio. Item etsi mater in vitae exitu dicat filium ex adulterio susceptum esse, hac tamen confessione non obstante, tenetur pater filium illum tamquam suum agnoscere, et alere, nec ideo a successione, aut aliis juribus, quo ceteri filii gaudent, excludi potest.

36

Si posterius contingat, satis convenit inter DD. ejusmodi confessionem, si in testamento, vel a constituto in articulo mortis coram duobus testibus legitimis facta, et horum attestationibus probata sit, in praejudicium confessi plene probare in judicio casu, quo illa ad liberationem tendit; Zoes. *ff. h. tit. n.* 18. Perez *C. cod. n.* 20. Vviest. *hic n.* 36. et hoc teste recepta hodie DD. sententia.

Dubium est, an etiam plene adversus confessum, et ejus haeredes probet confessio testatoris, si illa obligationem spectet, e. g. si dicat se debere Cajo 1000. fl. *Ratio dubitandi* est, quia confessioni in articulo mortis constituti in ipsius duntaxat, non etiam tertii praejudicium creditur; *l. fin. C. de convent. fisc. debitor.* praejudicaret autem non confitenti solum, sed etiam haeredibus, si hoc casu fides eidem adhiberetur in judicio; ergo etc.

37

Sed distinguendum est, an hujusmodi confessio simplex duntaxat sit, an vero adminiculata. *Si primum*, debitum quidem contra haeredes probandi vim nullam habet, in vim tamen legati, si persona, cui testator obligatum se confitetur, talis sit, ut testamento aliquid ei relinquere non sit jure prohibitum, confessio talis valet, ita ut si defunctus circa debitum errasse non comprobetur, 1000. illi floreni peti tanquam legatum, aut fideicommissum possint; *l. Aurelius* 28. §. *fin. ff. de liberat. legat.* Sabell. §. *confessio n.* 18. Perez *C. h. tit. n.* 21. Honor. *hic n.* 11. Scambog. *n.* 20 Konig *n.* 3. Vviest. *n.* 38. Addidi, *si persona talis sit, ut defunctus relinquere ipsi aliquid testamento possit;* secus enim, debiti causa non apparente, ad solvendum haerédes non obligat talis confessio, quod in fraudem legis videatur facta esse; *l. cum quis* 37. §. *Titia* 6. *ff. de legat.* 3. Gibalin. *rer. hum. negot. l.* 6. *cap.* 3. *artic.* 8. *n.* 21. Zoes. *l. cit. n.* 23. Perez *n.* 23. Vviest. *n.* 38.

38

Si secundum, plenam vim probandi, et haeredibus praejudicandi habet, idque in triplici casu. 1. Si causa debiti certa expresse sit, et probari non possit, quod istius expressio sit errore facta; *l. Lucius* 93. §. *Semproniae* 1. *ff. de legat.* 3. P. Vviest. *n.* 37. 2. Si juramento sit confirmata, vel saltem testator se jurasse affirmarit; quia tunc videtur velle eam valere omni meliore modo, et reliquum remittere; *l. cum quis cit.* §. *codicillis* 5. *l. cum pater* 77. §. *filius* 23. *ff. de legat.* 2. Sabell. *n.* 19. Perez *n.* 22. Honor. *n.* 11. Vviest. *l. cit.* 3. Si defunctus quaedam injuste possessa, vel male, e. g. foenerando parta confiteatur, et in exonerationem conscientiae suae restitui jubeat; nam hujusmodi confessio, etiam non jurata, probat, ita, ut ex illa, quae injuste detenta, et male comparata dicuntur, tanquam aliena restitui debeant; Marant. *tit. de confess. n.* 16. Perez *n.* 24. Schambog. *n.* 20. cum aliis supra.

Ad rationem dubitandi dicendum regulam ibi allatam solum intelligendam de confessione simplici, quae causam debiti expressam non habet, vel juramento, aut aliunde adminiculum nullum accipit.

39

Quaeritur 6. quando judex ex denuntiatione sociorum criminis a reo facta procedere possit ex officio ad specialiter inquirendum, citandum, capiendum, vel etiam torquendum personas denuntiatas? Resp. aliter discurrendum, quando crimen est exceptum; et aliter, quando non exceptum. *Si exceptum est*, videndum, an hujusmodi depositio sit adminiculata alio indicio verisimili criminis; nam tunc inquisitio specialis contra sic denuntiatum institui potest a judice,

et assumi aliae probationes. At si aliis adminiculis suffulta non fuerit, denuntiatio hujusmodi etiam in crimine excepto non sufficit, ut bene advertit Menoch. *de arbitr. cas.* 474. *n.* 25. Mascard. *conclus.* 1318. *n.* 11. Pirh. *hic n.* 33. et alii ab his *cit.* Ratio est; quia jus naturale, et gentium dictat, non esse credendum denuntianti in alterius praejudicium, nisi verisimile indicium, vel praesumptionem criminis afferat, alias quilibet et pro arbitrio suo posset alterius famam laedere, et personam ejus in discrimen adducere.

40

Si vero exceptum non sit ejusmodi crimen, cujus reos denuntiavit socios criminis socius, iterum distinguendum, an reus sponte sua denuntiationem fecerit, an vero ad interrogationem judicis. *Si hoc secundum*, nullo alio iudicio concurrente, adversus personam sic denuntiatam ad specialem inquisitionem judex non potest procedere, ut ex communi docent Menoch. *de arbitr. cas.* 474. *n.* 24. Mascard. *n.* 11. *cit.* Laym. *in cap.* 1. *hoc. tit. n.* 17. Pirh. *hic n.* 32. Vvies. *n.* 27. Ratio est, quia spectato jure communi, judex in hujusmodi criminibus non exceptis, nisi indicium aliquod adsit criminis, interrogare non potest de sociis criminis, ut dictum est *n.* 5. *supra.* Igitur etiam confessio rei respondentis illegitima erit, et contra prohibitionem juris: ac proinde ad specialiter inquirendum non potest sufficere.

41

Si vero primum contingat, et reus sponte, et non interrogatus denuntiet socium in judicio, ejusmodi denuntiatio, modo in iis circumstantiis fiat, ut aliquale indicium praebere possit, ad inquisitionem specialem de denuntiato faciendam sufficit, et aliquando, si ita gravia sint indicia, etiam ad capturam, imo etiam ad subjiciendum illum torturae, ut bene notant Farin. *prax. crim. q.* 37. *n.* 3. Laym. *in c.* 1. *h. tit. n.* 19. Pirh. *hic n.* 35. Vviest. *n.* 28. Ratio est, quia tune denuntiatio socii non recipitur ut depositio testis, sed tan. quam denuntiatoris, vel accusatoris, qui tantum viam aperit ad inquirendum: talis autem potest esse quilibet homo vilis, et infamis, vel alias non idoneus ad testificandum. Dixi autem, *si aliquale indicium praebere possit.* Tale indicium imprimis est publica infamia personae denuntiatae: ob solas autem denuntiationes reorum, etiam plurium, nisi in indiciis sufficientibus fundentur, inquisitio contra personam alias honestam non potest institui. Addidi *si indicia ita sint gravia.* Debent autem esse talia, ut merito judex, et quivis alius prudens moveri possit ad judicium, quod crimen ejusmodi sit commissum a denuntiato. Et tunc primum procedi poterit ad torturam, vel capturam. Ubi noto, majora requiri indicia ad capturam, quam

ad inquisitionem instituendam adversus denuntiatum; item majora ad torturam, quam ad capturam; ad condemnandam vero personam denuntiatam non sufficere ulla iudicia, nisi probationem faciant certam, et indubitatam : et ratio est, quia quanto majus est praejudicium rei, tanto major, et perfectior debet esse probatio.

42

Quaeritur 7. quando confessio procuratoris noceat domino, antecessoris successori, praelati ejusdem ecclesiae? Resp. *Ad* 1. distinguendo, num procurator ex officii necessitate confiteatur; forte quod a legitima potestate fuerit interrogatus; an vero citra necessitatem officii sponte quid asserat. *Si hoc secundum*, confessio illius domino non praedjudicat; *l. certum* 6. §. *sed an.* 4. *ff. h. tit.* et merito, ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur; *l. non debet* 74. *ff. de R. J.* et in potestate procuratoris sit rem domini donare, aut perdere. *Si primum*, ulterius dispiciendum, quale mandatum habeat; nam si generale solum mandatum habet, iterum principali non nocet ejus confessio; §. *sed an cit. l. sine* 9. §. *Celsus* 4. *ff. de interrog. in jur. faciend.* Si vero speciale, aut generale quidem, sed cum libera, ac proinde aequivalens speciali, quale olim habebant oeconomi ecclesiarum, seu procuratores generales, sua confessione praejudicat domino; *cap. fin. h. tit. cap. dilectus* 2. *fin. de capell. monach. cap. suborta* 2. *de sent. et re judic. l. qui servum* 20. *princ. ff. de interrog. in jur. fac.* ibi : *idem est in eo, qui mandato haeredis haeredem se esse respondit ec.* Bartol. *in* §. *sed an cit. n.* 2. Perez *C. h. tit. n.* 13. Zoes. *ff. eod. n.* 7. Gonzalez *in cap. fin. cit. n.* 12. Honor. *hic n.* 41. Konig. *n.* 8. Vviest. *n.* 17. Reiffenstuel *n.* 9. et novissime P. Schmier *l. cit. n.* 37. *et seq.*

43

Ad 2. distinguendum est inter successorem universalem, et singularem. *Successor universalis* revocare confessionem antecessoris potest tamdiu, quamdiu defunctus si mortuus non fuisset, revocare illam potuisset; quia succedit in omnia jura defuncti : ergo etiam in jus revocandi confessionem ab antecessore factam. *Successori singulari* confessio antecessoris nocet, ita ut eam revocare non possit; quia ad hunc non transeunt actiones personales, ut post alios docet Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 16. *n.* 147. Haun. *tom.* 5. *tr.* 3. *n.* 522.

Ad 3. eadem distinctio est adhibenda, quae de procuratore; nam confessio praelati non praejudicat ecclesiae, vel monasterio, si extra judicium, et omnino voluntarie nullaque officii, vel judicii necessitate facta sit; *arg. cap. requisivit* 1. *de in integ. restit.* Secus, si in judicio, et ex necessitate sit facta, ita tamen, ut casu, quo praelati confessione ecclesia laesa est, ei succurratur beneficio re-

stitutionis in integrum, vel si via revocationis uti velit, errorem, siquis interveuisset, quandocunque voluerit, ante conclusionem in causa revocare possit; *c. fin. de in integr. rest. in* 6. Abb. *in cap. fin. h. tit. n.* 4. Engl. *hic n.* 19. Vviest. *n.* 18.

44

Quaeritur 8. an litigans pro confesso habeatur, quando positionibus adversarii sui respondere recusat? Resp. distinguendo inter causas criminales, et civiles: *In causis criminalibus* ex communi DD. sensu non habetur pro confesso; qui in illis ob maximum praejudicium, quod afferunt, omnino liquidae, et luce meridiana clariores probationes exiguntur; *l. absentem* 5. *ff. de poenis*, *et l. fin. C. de probat.* Gaill. *l.* 1. *de pac. publ. c.* 15. *n.* 1. 2. *et* 5. Barbos. *in c. fin. h. tit. in* 6. *n.* 9. Pirh. *n.* 12. Schamb. *n.* 3.

In civilibus, si post litem contestatam, et juramentum *dandorum* adversarii sui positionibus respondere jussus litigans absque rationabili causa recuset respondere, habetur pro confesso quoad ea, quae in positionibus, sive articulis continentur, prout statuit Bonifacius VIII. *c. fin. h. tit. in* 6. tum ob contumaciam, tum quia taciturnitas in loco, et tempore, quo interrogatus respondere tenetur, juris praesumptione, et interpretatione pro consensu habetur; *reg. qui tacet* 43. *in* 6. Barbos. *in cap. fin. cit. n.* 1. Passerin. *ibid. n.* 2. Honor. *n.* 23. Schamb. *n.* 3.

45

Dixi *absque causa rationabili*; nam si causam rationabilem habeat, pro confesso non habetur; *cap. final. cit.* Talis est 1. si articulis contenta essent superflua, et causam, de qua agitur, nullo modo concernerent. 2. Si positio sit incerta, dubia, et obscura; nam sicut responsio, ita et positio clara, et certa esse debet. 3. Si esset calumniosa, impossibilis, vel captiosa, h. e. respondentem inducens ad perplexitatem. 4. Si attingeret crimen rei omnino occultum; tale enim, etsi ad rem faceret, prodere, seque ipsum infamare non obligatur, sed potest denegare responsionem. 5. Si esset non de facto proprio ipsius rei, sed de jure tantum; nam quaestiones juris judici relinquuntur; gloss. *in cap. cum causa* 47. *V. de causis de test. et attest.* Passerin. *in c. fin. h. tit. in* 6. *a num.* 28. Schamb. *hic n.* 3. Engl. *n.* 7. *et seqq.* Vviest. *n.* 16.

In ceteris casibus, ubi recusans respondere pro confesso habetur, opus est sententia judicis declaratoria, per quam pronuntiet reum sine legitima causa non respondisse, vel contumacem esse; gloss. *fin. in cap. fin. citat.* Franc. *ibid. n.* 19. Barb. *in ult.* Pirh. *n.* 12. Admittitur autem adversus praesumptionem hanc probatio; quia est praesumptio juris tantum, et non de jure: et hinc si po-

stea reus se purgaverit judici, et taciturnitatem excusaverit, adversus eam absolvi debet; quia praesumptio cedit veritati.

46

Quaeritur 9. qua poena affici possit ille, qui crimen in judicio confessus est incidenter? *Ratio dubitandi* est, quia ex una parte videtur infligenda ordinaria ex *capit. cum super* 2. *h. tit.* ubi Innocentius III. canonicum Bethlehemitanum, crimen simoniae incidenter confessum, coercuit depositione *ab omni beneficio, et officio ecclesiastico*, quae est poena simoniae ordinaria: et altera vero parte videtur non ordinariae, sed arbitrariae duntaxat hoc casu locum esse ex *c. denique* 1. *de except.* ubi Coelestinus III. statuit, eos, *qui de criminibus, ad solam exceptionem objectis, convicti fuerint, vel confessi, poena ordinaria mulctari non debere, cum accusatio in ipsos secundum juris ordinem non procedat.*

Satisfieri parti utrique potest, si adhibeatur distinctio, qua utuntur gloss. *in c. cum super* 2. *h. tit. V. confessus*, Abb. *ibid. n.* 6. Laym. *n.* 1. Barb. *n.* 4. Gonz. *n.* 4. Konig *n.* 16. Vviest *n.* 29. et novissime R. P. Schmier *process. judic. c.* 8. *n.* 91. juxta quos ob solam confessionem incidentem ad poenam ordinariam procedi non potest; quia ad hanc non proceditur sine legitimo accusatore, qui plane deficit casu, quo crimen solummodo incidenter, et cum de eo non ageretur, in judicium venit: posse autem, si judex; instituto novo processu, in criminosum ex officio inquirat; nam hoc casu, si ad poenam ordinariam procedatur, non ex vi hujus confessionis ad eam proceditur, sed ob indicia, et probationes, quae per inquisitionem detecta sunt, et cum confessione propria in judicio incidenter facta conficiunt probationem plenam, et sufficientem ad irrogandam hanc poenam.

47

Neque obstat 1. quod *cap. quam sit* 9. *de excess. praelat* clericus propter publicam confessionem delicti carnalis ordinaria poena suspensionis ab officio, et beneficio punitus fuerit sine nova accusatione, vel inquisitione; quia ita punitus fuit non tam ob delictum illud, quam ob publicam jactantiam, et gloriationem de illo crimine, sufficienter probatam in judicio, super hoc contra eundem clericum instituto, prout sumitur ex verbis, *si tibi constiterit.*

Non obstat 2. *c. inquisitionis* 21. *de accusat.* ubi habetur, quod, quando proceditur per viam inquisitionis, possit infligi a judice poena arbitraria; quia per hoc non prohibetur infligi ordinaria.

48

Quaeritur 10. an confessio facta in judicio a parte litigante revocari possit? Resp. distinguendo: vel enim in continenti pars liti-

gans suam confessionem revocat, vel solum ex intervallo. *Si primum*, revocatio confessionis admittitur, tametsi nullus error probatus fuerit, maxime si confessio illa a parte adversa nondum est acceptata. Colligitur *arg. c. praeterea* 7. *de testib. cogend.* ubi habetur, quod testis errorem suum corrigere in continenti possit: in quem locum Abb. *n.* 4. ait idem dicendum de parte in continenti revocante confessionem suam. In continenti autem revocata dicitur, si revocata sit ante recessum a judice; prout advertit gloss. *in c. praeterea cit. V. in continenti*, et colligitur ex eo, quia in aliis quoque materiis in incontinenti reputatur fieri, quod fit, antequam partes ad alia negotia discesserint.

49

Si secundum, videndum, an quis revocare velit errorem commissum a procuratore, administratore, oeconomo, syndico, an vero revocare velit confessionem propriam. *Si prius*, sufficit ad revocandam illius confessionem probare, quod res non ita se habeat; quia procurator, vel administrator de facto alieno confessus est, et error in facto alieno probabilis est, ut proinde tunc locum habeat *regula* 47. *in* 6. qua dicitur, quod *praesumatur ignorantia, ubi scientia non probatur*; gloss. *in l.* 2. *V. qui errat ff. h. tit.* Perez *C. eod. n.* 14. Honor. *hic n.* 14. et communiter DD. ceteri. *Excipe*, nisi error sit in tali facto, de quo ex officio tenebatur inquirere, illudque nosse; tunc enim non sufficit probare rem aliter se habere, quia praesumptio stat contra ipsum; *arg. capit. innotuit* 20. *et ibi* gloss. *V. ignorantiam de elect.* Abb. *in capit fin. h. tit. n.* 23. Pirh. *hic n.* 8.

50

Si posterius, ante litem contestatam sufficit probare rem aliter se habere; post contestationem litis autem necesse erit probare errorem, vel saltem pars confessionem suam revocatura circumstantias afferre debet, ex quibus errorem suum probabilem reddat, quales sunt, si ostendat se alterius dolo, suasione, aut metu ad confitendum indactum fuisse, si demonstret longius tempus inter factum et confessionem intercessisse, si negotium sit intricatum et perplexum etc. nam hoc si fiat, admittitur revocatio confessionis in judicio factae etiam ex intervallo et post contestationem litis, modo fiat ante sententiam, ut habetur; *cap. fin. hoc tit. et l. error.* 7. *Cod. de J. et F. I.* et confirmatur; quia etiam testis corrigere errorem ex intervallo potest. Proceditque hoc, etiamsi confessio jurata fuerit; non enim, quia errat, aut fallitur, perjurus est; Abb. *in c. fin. cit. n.* 23. Layman. *ibid. n.* 1. Hiltrop. *tit.* 17. §. *quand. confess. revocat.* Vvesenbec. *ff. h. tit. n.* 7. Zoes. *eod. n.* 5.

Henr. Canis. *hic* *n.* 3. Haun. *tract.* 3. *citat.* *n.* 512. Pirhing *n.* 21. Sannig *cap.* 2. *n.* 11. Vviestner *n.* 5.

51

Excipitur 1. si quis sponte, et sciens falsum confiteatur; nam qui sponte confitetur se debitorem, vel contra sibi nihil deberi, non revocat confessionem, sed donare censetur. 2. Si non in facto sit error, sed in jure ipso; cujus ratio redditur *l.* *in* *omni* 2. *ff.* *de* *J.* *et* *F.* *I.* quod jus finitum, et certum sit, ita ut citra culpam ignorari possit. 3. Si in proprio facto erraret confessus; nam hic error aequiparatur errori juris. 4. Si error facti procederet ex culpa lata versutiae; nam hic dolo proximus est, et propterea erroneam confessionem revocari prohibet. Quae, et plura latius prosequitur Hiltrop. *loc.* *cit.* *n.* 2. qui *n.* 8. notat, ea, quae dicta sunt de confessione erronea, non tantum procedere in reo negante, vel confitente aliquid aliter, quam res se habeat, sed etiam in actore, qui si in libello suo non ex veritate narraret, vel deduceret, posset id ipsum impune revocare ante litem contestatam, post contestationem litis autem non aliter, quam si errorem doceret.

TITULUS XIX.

De probationibus.

Inter positiones actoris reus aliquas confitetur, alias negat: quas confitetur, probare non debet actor, sed rei confessione a probatione earum relevatur: quas negat, probare oportet; nam ut bene Zoes. *hic n.* 1. inanis est actio, nisi indubitata probationis fide liqueat vera essse, quae adducuntur. Potest autem illas probare vel per testes, vel per instrumenta, vel ex praesumptionibus, aut juramento suppletorio probationis, ad quas probationum species antequam descendatur, non inconvenienter titulus *de probationibus* in genere hic praemittitur. Sit igitur

§. I.

De probationis natura, varietate, effectu,

SUMMARIUM

1 2 3 *Definitio probationis, et hujus explicatio.*
4 5 6 *Forma.*
7 8 9 *Varietas.*
10 11 12 13 *Species probationis plenae, et ejus effectus.*
14 15 *Species, et effectus semiplenae probationis.*
16 17 *Quando duo semiplenae faciant unam plenam?*
18 19 20 21 *Inspectionis ocularis modus, et vis.*
22 *Quid sit fama?*
23 *Modus istam probandi.*
24 *Effectus in criminalibus causis.*
25 *In civilibus.*

1

Quaeritur 1. quid sit probatio? Resp. *Probatio*, prout huc pertinet, communiter definiri solet, quod *sit rei dubiae, seu controversae per legitima argumenta facta ostensio.* Ita Accurs. *ad rubr. C. h. tit.* Host. *in summ. hic n.* 1. Mascard. *de probat. proem. quaes.* 2. *n.* 8. Pirh. *n.* 1. *hic* Schamb. *n.* 1. et plures alii. Faciunt aliqui difficultatem, quod non conveniat probationi per testes, et instrumenta; quia haec proprie argumenta non sunt: Verum haec difficultas facile solvitur, si dicatur vocem *argumentum* hic sumi late pro quocunque medio utili ad probandum. Vel si extendere hoc modo vocem *argumentum* non libeat, dic cum aliis, *probatio est actus ju-*

dicialis, quo per instrumenta, aut testes, aut idonea argumenta judici de re, aut facto dubio, et controverso fit fides. Dicit haec definitio quoad sensum idem, quod prior sed clarior aliquando est, eamque defendunt Vysenb. *ff. h. tit. n.* 2. Struv. *syntagm. ibid. n.* 2. Pirh. *l. cit.* Konig. *n.* 2. Vviestner *n.* 2. cum aliis.

2

Dicitur 1. *actus judicialis*; quia probationes fiunt post litem contestatam, a qua proprie judicium incipit, ut *tit.* 5. *n.* 1. *supra* dictum est; quod intelligendum est ordinarie; nam aliquando attestationes recipiuntur ante litem institutam vel contestatam, de quo *tit.* 6. *a n.* 2. disserui latius.

Dicitur 2. *judici*; nam huic, non parti facienda probatio est; parti enim nunquam satis probaretur, etiamsi quis ipsum solem pro ostendenda veritate in manibus gereret; *l. quingenta* 12. *in fin. et ibi* glossa *V. judici ff. h. tit.* Similiter nec probatio fieri debet notario; quia hujus non est qualitatem probationis examinare, nisi hoc eidem delegetur a judice. Sed quamvis hoc verum sit, in praesentia tamen utriusque fieri debet: adversarii quidem, ut respondere objectis possit: notarii autem ut in acta eandem referat; *cap. ex litteris* 3. *h. tit.*

Dicitur 3. *per argumenta idonea*, scilicet talia, quae ad causam propositam faciant, et necessario concludant, seu inferant id, quod ad probationem intenditur; nam finis probationis est, ut judici fidem faciat; *leg. quingenta cit.* et ut is intelli gere possit, qualem sententiam ferre debeat: quorum neutrum fieret, si probationes concludentes non forent.

3

Dicitur 4. *de re aut facto*; nam ea, quae juris sunt, quia jam antecedenter judici censentur nota, idcirco probatione non indigent. Excipitur, nisi sint juris specialis aut consuetudinarii; haec enim, quia peritissimos latere possunt, ab allegante probanda sunt; P. Vviestner *hic n.* 2. *fin.*

Dicitur 5. *dubio, et controverso*; quia manifesta et evidentia probatione non indigent; *can. manifesta* 15. *caus.* 2. *q.* 1. *et c. evidentia* 9. *de accusat. Excipe* si tantum sint manifesta parti ea alleganti: haec enim probari debent, ut usus quotidianus habet, quo factorum propriorum, si ea in judicio allegentur, ab allegante probatio petitur, cum tamen nihil magis manifestum sit alleganti, quam factum proprium. Imo quandoque etiam non sufficit, si id manifestum sit etiam judici, quando eidem privatim innotuit; Sicbard. *in rubr. C. h. tit. n.* 10. Perez *eod. n.* 2. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 8. Vviestner *hic n.* 3. Ratio est, quia judex, cum judicat, gerit personam publicam, et

secundum scientiam publicam, quae per allegata et probata obtinetur, ferre debet sententiam.

4

Quaeritur 2. quae sit forma probationis? Resp. Forma probationis consistit in legitima rei controversae ostensione, et probatione: Ut autem talis sit, plura requiruntur 1. Debet esse clara, perspicua, et certa, quae judicem de assertione, atque intentione litigantium plene instruat; *c. in praesentia* 8. *h. tit.* Vivian. *ibid. in ration.* Barbosa *n.* 18. Vallens. *hic* §. 5. *n.* 1. Pirhing. *n.* 70. Konig *n.* 28. Ratio est, quia animum judicis ad sententiam ferendam movere debet.

Fieri debet secundum formam libelli. Host. *summ. h. tit. n.* 5. *vers. et qualiter*, Vvesenb. *ff. eod. n.* 8. Pirh. *n.* 70, *hic.* Ratio est, quia secundum formam libelli pronuntiari debet. Et hinc impertinentes articuli merito rejiciuntur, ne inanes sumptus litigatores faciant.

3. Non debet fieri in transcursu, sed citata ad ejus receptionem adversa parte; *arg. l. nam ita* 39. *ff. de adopt. l. unoquoque* 47. *ff. de re judic. auth. sed et siquis cod. de testib.* Vvsenb. *l. cit.* Honig *n.* 25.

5

4. Institui debet post litem contestatam; *tot. tit. ut lit. non contest.* Vallens. *hic* §. 4. *n.* 1. Zoes. *n.* 7. Pirh. *n.* 71. Konig *n.* 26. Excipitur, nisi valetudo, senium, aut instans longa absentia testium suadeat depositiones testium ante litem contestatam recipi, ut dictum est *tit.* 6. *a n.* 4. Item si probandae sint exceptiones dilatoriae: nam hae, uti regulariter ante litis contestationem proponuntur, ita, etiam regulariter statim probari debent.

5. Fieri debet intra terminum a judice assignatum; Vvsenb. *n.* 8. *cit.* Vallens. §. 4. *n.* 2. Honig *n.* 27. Interest tamen plurium, an terminus simpliciter ad probandum, an ad probatum habendum assignatus sit. *Priori casu* sufficit testes productos jurasse infra terminum dilationis, licet non fuerint examinati, et poterunt examinari post terminum; *posteriori casu* intra terminum testes produci, et examinari debent, nec possunt postea, eo quod lapsus termini sic dati vim conclusionis in causa habeat; Haun. *to.* 5. *tract.* 4. *n.* 53.

6. Post publicata testimonia, et conclusionem in causa non est admittenda alia probatio super iisdem articulis, sed sententia ferenda est secundum priorum testium depositiones. Sumitur ex *c. juravit* 6. *hoc tit. et auth. at qui semel C. eod.* Ratio est, quia per conclusionem in causa censentur partes renuntiasse probationibus.

7. In probando servandus est ordo: primo enim intentionem suam probat actor, tum reus in sua exceptione auditur; *l. exceptionem* 19. *C. h. tit.*

6

8. Denique acta judicii, et sententia lata in causa scripto debet excipi a notario, vel aliis duobus viris idoneis, qui notarii locum subeant; alias fides non habetur processui, et judicii actis; *c. quoniam* 11. *h. tit.* Proceditque hoc non tantum in judicio plenario, sed etiam summario; neque refert, an causa agitetur coram judice ordinario, an coram delegato: imo et quando agitur coram arbitris compromissariis, constitutio haec locum habet; quia arbitria ad formam judiciorum redacta sunt; *l. compromissum* 1. *ff. de recep. qui arbitr.* Excipiuntur causae exiguae, et leviores, quae necessario scribendae non sunt, sed in illis creditur simplici assertioni, seu relationi judicis sine scriptura; *auth. nisi breves C. de sent. ex brev. recit.*

7

Quaeritur 3. quotuplex sit probatio? Resp. tres potissimum divisiones assignari. 1. Dividitur secundum Aristotelem in topicis in artificialem, et inartificialem. *Artificialis* est, quae arte et industria probantis conficitur per argumenta, ex ipsis rei visceribus, ac locis intrinsecis petita, unde et *insitam* vocant. Huc praecipue praesumptiones spectant. *Inartificialis* est, quae non ex visceribus rei, aut locis intrinsecis, sed extrinsecus assumitur a testibus, instrumentis, confessione, juramento etc. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 8. §. *de specieb. prob.* n. 1. Vvesenbech. *ff. h. tit. n.* 4. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 10. Vallens. *hic* §. 2. *n.* 1. Zoes. *n.* 2. Pirh. *n.* 2. Vviest. *n.* 4.

2. In *judicialem,* quae in judicio post contestationem litis; et in *extrajudicialem,* quae extra litem, et ante litis contestationem fit. Ita *loc. cit.* Haun. *n.* 12. Vallens. *n.* 5. Pirh. *n.* 4. Vviest. *n.* 5.

8

Tertiam hanc divisionem cum Duareno, Donello, Paciano, Giphanio, ut commentitiam explodit Vvesembech. *ff. hic D.* 43. *n.* 3. et probari hoc videtur 1. ex *l. jurisjurandi* 9. §. *simili* 1. *C. de test.* ubi imperator, *nunc*, inquit, *manifeste sancimus, ut unius omnino testis* (cujus depositio secundum nos *n.* 14. infra probationem semiplenam efficit) *responsio non audiatur*, *etiamsi praeclarae curiae honore fulgeat*: ergo probatio semiplena in judicio vim nullam ad probandum habet; cons. revera non est probatio. 2. *leg. siquidem* 9. *C. de except.* imperatores rescribunt, reum defensione non indigere, quando actor in probanda intentione sua defecit. Atqui iste in intentione sua deficere censendus tamdiu est, quamdiu illam non plene probavit; tamdiu enim sine effectu est omnis ejus probatio: ergo etc. 3. *leg. fin. C. de R. V. et leg. negantes* 9. *cod. de O. et A.* constitutum est, casu, quo actor intentionem suam non

implevit, reum, etsi ex parte sua nihil praestiterit, absolvendum esse. Non censetur autem intentionem suam implevisse, nisi plenam probationem fecerit: ergo etc.

9

Sed recedendum non est ab unanimi ceterorum doctorum sensu, qui omnes probationis divisionem in plenam, et semiplenam agnoscunt, et faciunt. Videantur. Gaill. *lib.* 1. *obs.* 108. *n.* 6. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 68. Hiltrop. *cit.* §. *de specieb. probat.* *n.* 2. Marcard. *de probat. proem.* *q.* 4. *n.* 15. Pax Jord. *tit.* 17. *n.* 12. Vvesembec. *ff. h. tit. n.* 4. Sichard. *ad rubr. C. eod n.* 4. *et* 5. Perez *ibid. n.* 4. *etc.* et hinc *primum* argumentum pro retinenda hac divisione est maximus DD. in hoc consensus, 2. Quia ex divino, humanoque jure duo testes omni exceptione majores faciunt plenam fidem: ergo unus illorum semiplenam; nam quod juris est in toto quoad totum, id est etiam in parte quoad partem; cons. datur semiplena probatio. 3. Quia si nulla daretur semiplena probatio, nunquam locus esset juramento suppletorio probationis; nam plene probanti deferri non potest, ut dicetur *infra n.* 12. et nihil probanti non proficit, ut explicabitur *tit.* 24.

Neque obstant argumenta contraria. *Ad* 1. textus ille intelligendus est, vel de teste singulari singularitate obstativa, vel de casu, quo unius testis depositio aliis adminiculis non adjuvatur; nam tali non creditur ad ferendam sententiam; interim tamen sufficiet ad deferendum juramentum suppletorium, quo praestito, fiet judici plena fides. *Ad* 2. semiplena probatio, ut modo dixi, effectum probationis plenae potest acquirere per juramentum suppletorium, vel alia adminicula. *Ad* 3. si ista non accedant, reus est absolvendus; secus est condemnandus, saltem in causa civili.

10

Quaeritur 4. quid sit *plena probatio*, quae ejus species, et quis effectus? Resp. *Plena probatio* illa dicitur, quae plenam fidem facit judici de re in judicium deducta et ita eundem in causa instruit, ut nullo alio ulterius requisito, sententiam ferre, et controversiam definire possit. Ita *supra cit.* cum aliis.

Quatuor praecipue sunt ejusdem *species*, 1. testimunium, seu depositio duorum testium omni exceptione majorum super uno, eodemque articulo, 2. instrumentum publicum, vel alia scriptura authentica huic quoad probandi vim aequiparata, 3. praesumptio juris, et de jure, et quandoque etiam aliae, 4. juramentum, quod a parte litigante sibi delatum pars adversa praestat. Addunt aliqui duas alias, confessionem ipsius rei, et evidentiam facti, quae ex notorietate ejusdem, vel inspectione oculari acquiritur. Verum hae pro-

bationes revera non sunt; sed confessio potius est relevatio probationis, ut dictum est *tit. praec.* facti evidentia autem magis est facti demonstratio.

11

Effectus plenae probationis triplex est maxime, 1. Quod juxta illam sit ferenda sententia. Hinc condemnare judex reum debet, si actor intentionem suam plene probaverit; absolvere autem, si actor nihil aut reus contra plene probaverit; *l. si scriptum* 11. *et l. seq. C. hoc tit. l. qui accusare* 4. *C. de edend. l. si inferiorem* 2. *C. de R. V. et l. domum* 5. *C. eod.* alioquin judex litem faciet suam, et ad id, quod litigatores interest, condemnabitur; Hiltrop. *tit.* 8. *cit.* §. *de probation. n.* 6. Vresembec. *ff. hoc tit. n.* 10. Vallen. *hic* §. 5. *n.* 3. Zoes. *n.* 10. Pirh. *n.* 73. Konig *n.* 73. Sannig *c.* 3. *n.* 3. quodsi uterque, actor et reus, plene probaverit, is vincet, qui pro se habet praesumptionem; *cap. ex litteris* 3. *vers. quodsi ambarum hoc tit.* alioquin in pari causa, et probationum aequilibrio ejus absolvitur; *cap. ex litteris cit. c. inter dilectos* 6. *in fin. de fid. instrum. et l. Arrianus* 47. *ff. de O. et A.* nam hujus in jure melior est conditio.

12

2. Quod actor, qui plene probavit intentionem suam, non teneatur juramento eam confirmare, sed oblatum a judice recusare possit, ut statuitur *cap. sicut consuetudo hoc tit.* et ratio est, quia cum juramentum sit species quaedam probationis, adhibetur tantum, quando causa nondum est probata sufficienter; *l. maximus* 1. *ff. de jurejur.* imo in nostro casu licite deferri, et praestari non potest; quia jus naturale, et divinum est exigi juramentum, ubi illud non est necessarium. Hinc quando *l. manifestae* 38. *ff. de jurejur.* dicitur, quod manifestae turpitudinis, et confessionis sit nolle jurare in judicio, id intelligendum est de casu, quo actor non plene adhuc probavit intentionem suam; nam plena probatione facta, recte illud recusat, cum iniquum sit aliquem superfluis probationibus onerare. *Proceditque hoc,* etsi immemoriali consuetudine invaluisset, ut praeter probationem plenam exigeretur juramentum ab actore; nam consuetudo haec potius corruptela foret, cum nulla prorsus consuetudo contra legem naturalem, et divinam praevalere possit. *Neque dicas,* etiam in testamento ultra plenam probationem, quae obtineri posset per duos testes, requiri pleniorem per testes septem: negatur enim paritas inter juramentum et testes; nam ut illud praestari licite possit, requiritur necessitas: e contrario ut plures producantur testes, quam alias naturae aut gentium sit necessarium, sufficit utilitas; ha-

betur autem in productione plurium testium haec utilitas, ut per plures clarius veritas innotescat.

13

Quod is, contra quem plene probatum est, non amplius admittatur ad purgationem canonicam; *c. ad nostram* 12. *h. tit.* Ratio est, quia purgatio canonica tantum conceditur suspecto, et non convicto; fit enim per juramentum, quod cum offerri non soleat, ubi periculum est perjurii, convicto offerri non decet, quem pronum est ad liberandum se pejerare. Interim tamen sic convictus admitti potest ad purgationem, et probationem propositionis negativae indirectam, quae non fit per juramentum, sed per testes deponentes non de credulitate solum, sicut compurgatores, sed de veritate, si nimirum reus contra testes actoris seu accusatoris, deponentes ipsum commisisse crimen, et alios producat testes, qui deponant, et indirecte probent crimen non esse commissum a reo; talis enim purgatio, et probatio contra priorem est licita, et admitti debet juxta *c. ex tenore* 35. *de testib. Neque obstat,* etsi forte testes adducti ab actore, vel accusatore videantur esse magis idonei; nam adhuc testes, qui pro innocentia rei deponunt, iis praeferuntur, ut notat Abb. *in c. ad nostram cit. n.* 3. *in fin.*

14

Quaeritur 5. quid sit *probatio semiplena*, quae ejus species, et effectus? Resp. *Semiplena probatio*, quae etiam *imperfecta* dicitur, est, qua aliqua, non tamen plena fides judici fit, nec sufficit, ut ex illa moveri possit ad ferendam sententiam pro hac, vel illa parte. Ita *l. cit.* Hiltrop. *n.* 3. Mascard. *q.* 4. *n.* 17. Vallens. *n.* 4. Engl. *n.* 9. cum aliis supra relatis.

Species illius sunt. 1. Depositio unius testis, vel plurium singularium aut duorum etiam concordantium, sed non legitimorum, sed omni exceptione majorum. 2. Instrumentum, seu scriptura privata. 3. Comparatio litterarum, quando de scripto dubitatur. 4. Juramentum, quod *suppletorium* nuncupatur. 5. Praesumptio verisimilis, sive probabilis. 6. Fama.

Ex his aliquae faciunt probationem praecise *semiplenam*, ut dictum unius testis omni exceptione majoris; aliae *plusquam semiplenam*, ita ut cum quodam adminiculo, vel indicio conjunctae plenam conficiant, ut depositio personae valde excellentis; nam si accedat testimonium alterius testis non omnino integrae fidei, ex superabundanti illius habilitate istius defectus suppletur, aliae denique *minus, quam semiplenam*, ut praesumptio levior, quae indicium dumtaxat faciat, nec sufficit ad deferendum juramentum suppletorium probationis. Hinc etiam probatio non plena pro horum graduum diversitate diversos operatur effectus.

15

Effectus probationis, quae praecise est semiplena, plures enumerantur 1. Dat locum juramento suppletorio; *c. sicut consuetudo* 2. *h. tit. c. fin.* Resp. *sane de jurejur. l. in bonae* 3. *C. de reb. credit.* 2. Liberat aliquando ab ulteriori onere probandi, et illud in adversarium rejicit; *arg. l. verius* 21. *ff. et l. sive possidetis* 16. *C. h. tit.* 3. Conjuncta alteri semiplenae conficit plenam probationem; quod latius examinabitur *n. seq.* 4. In uno, vel altero casu sufficit ad ferendam sententiam, ut si agatur de matrimonio contrahendo; nam impedimento semiplene probato, judex per sententiam interdicere matrimonium potest; *c. praeterea* 12. *de spons. c. super eo* 2. *de consang.* Alii videri apud alios possunt.

Minus, quam semiplena 1. Facit adminiculum, et aliis juncta aliquando plenam, aliquando semiplenam, nonnumquam plus quam semiplenam probationem efficit; *arg. l. proprietatis* 4. *C. h. tit.* 2. Quando reliquae probationes a partibus allatae aequales sunt, facit, ut pars illa obtineat, pro qua stat ulterior probatio minus, quam semiplena; Menoch. *l.* 1. *de praesumpt. quaest.* 87. *n.* 5. Berlich. *concl.* 36. *n.* 126. 3. Ex multorum sententia praebet occasionem juramento judiciali. 4. Eum, contra quem affertur, suspectum reddit; ut adversus eundem inquiri possit; Menoc *l. cit. n.* 6. 5. Facit, ut eidem juramentum purgationis injungi possit; *c. quotiens* 5. *et c. ex tuarum* 8. *de purgat. can.* 6. Interdum sufficit ad apprehensionem ita suspecti.

Probatio plus quam semiplena denique id speciale habet, quod aliquando in causis civilibus sit idonea ad ferendam sententiam, etiamsi adminiculum nullum accedat: in aliis autem casibus, si adminiculo quocumque minus vehementi suffulciatur, redintegretur, et fiat plena probatio, ut post Alexandrum, Paulum de Castro, Pacianum etc. adstruit Miller. *ad Struv. exercit.* 28. *th.* 5. quem citat, et sequitur R. P. Schmier *de proces. judic. c.* 7. *n.* 155.

16

Quaeritur 6. an, et quando duae semiplenae probationes faciant unam plenam? *Ratio dubitandi* est; quia duo imperfecta non faciunt unum perfectum. Igitur nec duae semiplenae probationes facient unam plenam probationem.

Sed hoc non obstante, dicendum omnino facere posse plenam probationem, si conjungantur, et ad unum, eundemque finem tendant, sive deinde sint ejusdem, sive diversis generis, ut unus testis cum juramento, praesumptiones non adeo urgentes cum fama publica etc. Ita gloss. *in c. cum causam* 13. *V. adminicula h. tit.* glos. *in c. veniens* 10. *V. illorum de testib.* Bartol. *in l. admonendi* 32.

ff. de jurejur. n. 48. Myns. *cent.* 2. *obs.* 100. *n.* 3. Menoch. *l.* 1. *praes.* 41. *a n.* 1. Hiltr. §. *de specieb. prob. n.* 6. Berlich. *concl.* 36. *cit. a n.* 147. Sichard. *in rubr. C. h. tit. n.* 6. Perez. *eod. n.* 5. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 11. Honor. *hic n.* 22. Pirh. *n.* 3. Scham. *n.* 1. Vvies. *n.* 8. et colligitur ex *c. cum causam cit. c. praeterea* 27. *de test. c. fin. de success. ab intest.* quibus textibus testes, fama, et quaecumque alia adminicula ad plenam probationem recipiuntur. Ratio est, quia quae non probant singula, collecta juvant.

17

Excipiunt communiter doctores 1. *causas criminales*, in quibus, etsi duae semiplenae probationes sufficiant ad effectum torquendi, inquirendi, suspendendi, non tamen sufficiunt, ut procedi ad condemnandum possit, nisi tales sint, quae conjunctae pariant moralem de crimine, de quo in reum inquiritur, certitudinem; quia ut *leg. fin. C. de probat.* habetur, in iis causis requiruntur probationes luce meridiana clariores, 2. *Causae matrimoniales*; nam quia ubi vertitur periculum animae, plena probatio requiritur, 3. *Causae civiles arduae*, si tales sint, ut quoad pondus, et gravitatem criminalibus aequiparentur; et hoc ob grave praejudicium; Menoch. *l. cit. n.* 10. *et* 11.

Ad rationem dubitandi dico duo imperfecta non facere unum perfectum, quando tendunt ad diversa; secus, si tendant ad unum, eundemque finem, sicut duae semiplenae probationes ad hoc tendunt, ut judici fidem faciant, qui informari in causa debet non ex uno solum probandi genere, sed ex pluribus et diversis; *l. testium* 3. §. *ejusd.* 2. *si de test.* Bartol. *loc. cit. n.* 49. Pirh. *hic n.* 3.

18

Quaeritur 7. quid sit *inspectio ocularis*, et quomodo sit peragenda? Resp. *Inspectio ocularis*, Germanicae, *Augenschein*, *Augenscheinlide*, *Bestchtigung*, *Bemeisung, etc.* est probatio saltem latius accepta qua judici de re dubia, vel facto controverso per ipsam rei in, vel extra judicii locum oculis subjectae, intuitionem fides conciliatur.

Ad eam recurritur saepissime, et aliquando etiam necessario recurri debet in causa homicidii, aut vulnerationis, in novi operis nuntiatione, in causa damni infecti, in controversia de limitibus parochiarum, oppidi, territorii, in objectione impotentiae dirimentis matrimonium etc. Videatur Engl. *hic n.* 11. Vvies. *n.* 24. Schmier *proces. judic. c.* 13. *n.* 35. *et seq.* aliique ab hoc *cit.*

19

Ut ad causae definitionem proficiat peragenda est 1. a judice competente per se, vel per aliam personam, quae ipsius vices gerat, adhibito judicii notario, qui, si res patiatur universa, quae aguntur

in ipsa inspectione, fideliter conscribat; Brunnem. *proces.* *c.* 22. *n.* 10. Stryck *tr. de jur. sens. D.* 1. *c.* 2. *n.* 14. P. Vviest. *l. cit.* *n.* 25. P. Schmier *n.* 48.

2. Praecedere debet aliqua causae cognitio, num expediat, rem de qua agitur, oculis usurpari, num proficuum sit hos, vel illos artis peritos, an alios ad id vocare; *l. si irreptione* 8. §. *ad officium* 1. *ff. fin. regund.* ibi; *si ita res exigit*; Styck *l. cit.* *n.* 2. *et* 4. P. Schmier *n.* 42.

3. Citari ad eam debent partes, quibus etiam prius auditis plerumque decernitur. *Excipitur*, nisi forte judex ex officio clam ad suam tantum informationem suscipere illam velit; Gaill. *lib.* 2. *obs.* 26. *n.* 10. Brunnem. *cap.* 22. *cit.* *n.* 6. Strych. *n.* 11. P. Engl. *hic* *n.* 12. P. Vviest. *n.* 26. P. Schmier *n.* 44. *et* 45. Ratio est, quia de jure ad actum vocandi sunt omnes, quorum interest; *l. de unoquoque* 47. *pr. ff. de re jud.* interest autem partium, inter quas controversia vertitur, oculari inspectioni praesentem esse, cum per eam controversia sit decidenda; ergo etc.

20

4. Ad illam ducendi sunt testes ab alterutro litigantium producti; quia in re praesenti se melius explicare, et judicem informare possunt; Engl. *l. cit.*

5. Adhibendae plerumque sunt aliae personae rei, de qua agitur, specialiter peritae, ut medici, et chirurgi ad explorandam gravitatem vulneris, obstetrices, et aliae matronae honestae, cum dubitatur de impotentia mulieris, architecti, cum de novi operis nuntiatione, aut damno infecto ex ruinosis vicini aedibus, agrimensores, cum de finibus et limitibus controversis agitur; Engl. Vviest. Schm. *l. cit.*

6. His de eo, quod verum esse cognoverint, sincere edicendo deferendum est juramentum, nisi hoc generaliter praestitissent in susceptione officii, ad ejus, quam profitentur, artis, ut loquimur, jurati essent magistri. Ita supra *cit.*

7. Pro ea facienda dandum est tempus, quod alias statutum est faciendis probationibus; imo largius; potest enim admitti etiam post publicata attestata, et ipsam conclusionem in causa, imo etiam post rem judicatam; Berlich. *concl.* 47. *a n.* 27. Ratio est, quia ocularis inspectio, cum habeatur ab experientia sensuum, habetur pro veritate; veritati autem semper locus esse in judicio debet.

21

Si cum his requisitis peracta sit, probationum omnium validissima est; *arg. l. si irruptione* 8. *fin. ff. fin. regund. et l. pediculis* 32. §. *Neratius* 5. *ff. de aur. et arg. legat.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 26.

n. 9. Berlich *concl. cit. a n.* 14. Vviest. *hic n.* 27. adeo, ut locum habeat etiam casu, quo lege, vel statuto aliae probationes non admittuntur, nec sententia respectu illius in rem judicatam transeat, sed per aliam sententiam rescindi possit, et debeat; Mascard. *de probat. proem. q.* 8. *n.* 16. Quod verum est; si per ocularem inspectionem obtineatur facti evidentia; non enim semper obtinetur, quod saepe fallatur oculus, et ejus, quae investigatur, veritatis indicia certa desiderentur; Vviest. *n.* 28. apud quem vide plura, quando in causis matrimonialibus sit adhibenda..

22

Quaeritur 8. quid sit *fama*, et quae illius vis ad probandum? Resp. Fama alia hominis, alia inter homines dicitur. *Fama hominis* est ipsius existimatio, seu *dignitatis illaesae status*, *legibus*, *ac moribus comprobatus*, *qui ex delicto nostro authoritate legum aut minuitur*, *aut consumitur*, ut loquitur Callistratus; *l. cognitionum* 5. §. *existimatio* 1. *ff. de extraord. cognit. Fama inter homines* est populi, sive alicujus provinciae, vel loci hominum commune, constans, et publicum judicium, et assertio de re aliqua. Huic affinis est *rumor*, qui definiri potest, quod sit de re aliqua opinio, et sermo non communis, sed particularis, sive paucorum; quo a fama distinguitur.

Ut fama in judicio fidem faciat, non allegari, sed probari debet. Probari autem potest 1. per privilegia, et instrumenta antiqua, intellige, si plura in eandem rem conveniant; nam unicum non sufficit, nisi sit privilegium papae, vel alterius summi principis, aut instrumentum tale super ipsa fama confectum esset; Mascard. *concl.* 752. *a n.* 1. 2. Per scripturas authenticas, et litteras virorum probatorum; quae et ipsae non unae esse debent, sed plures, et diversorum; Mascard. *loc. cit. n.* 2. 3. Per testes, saltem duos; nam hi communiori DD. calculo sufficiunt; Mascard. *concl.* 749. *n.* 1.

23

Ut vero per istos fama rite probetur, requisita varia ponunt Mascard. *concl.* 750. *cit. per totam* Stryck *de jur. sens. dissert.* 3. *c.* 4. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *a n.* 333. Engl. *hic a n.* 14. Vviestner *ibid. n.* 34. et novissime R. P. Schmier *process. judic. cap.* 13. *a n.* 10. 1. Enim debent deponere de auditu, quod audiverint a potioribus de communitate, rem ita se habere; *arg. c. qualiter* 24. *de accusat. c. praeterea* 27. *de testib.* 2. Debent assertionem suam confirmare juramento; quia sicut in aliis casibus testi non jurato non creditur, ita nec in famae probatione, nisi forte 10. vel plures unanimiter de fama deponerent; tunc enim numerus supplet, quod in duobus periculosum videbatur. 3. Debent reddere rationem suae scientiae, seu nominare personas aliquas, a quibus fama ducat ori-

ginem. *Excipitur*, nisi res essent minoris momenti, et praejudicii, vel facta antiqua, quae hominis memoriam et aetatem excedunt; quia in talibus admittuntur probationes minus accuratae 4. Debent saltem in confuso, et superficialiter scire, et si interrogentur a judice, dicere posse, quid sit fama. Dixi, *in confuso*, *et superficialiter*; non enim est necesse, ut explicent eam per verba juris, sed sufficit, si exprimant per verba facti, e. gr. si testificentur de fama possessionis, non est opus, ut dicere possint, quid sit possessio, quomodo haec, et fama, de qua testificantur, juridice describatur, sed sufficit, si dicant, se audivisse communiter talem tenere rem, et fructus ex illa colligere; Mascard. *n.* 35. 5. Denique testificationes de ea deponentium debent esse concordes, ita, ut se mutuo adjuvent; item debent esse bene morati, et bonae famae, non mulierculae, et homines viles, de quorum fide et depositionibus dubium merito fieri possit; Mascard. *n.* 37.

24

Effectus famae pro diversitate causae diversus est. *In criminalibus*, quamvis legitime probata, in ordine tamen ad poenam infligendam probationis nec plenae, nec semiplenae vim habet; quia ad hunc effectum requiruntur probationes liquidae, et luce clariores; *l. fin. C. de probat.* Imo si aliis indiciis, et adminiculis non adjuvetur, aut valde vehemens sit, nec ad torturam personae ea gravatae sufficit; Mascard. *concl.* 755. *n.* 6. Carpzov. *pract. crim. part.* 3. *quaest.* 120. *n.* 27. Stryck *de jur. sens. diss.* 3. *cap.* 4. *n.* 30. P. Engl. *hic n.* 18. P. Vviest. *n.* 36. et hoc teste communiter DD. Non tamen omni effectu in causis his destituta est; nam 1. procedi potest ex ea ad inquisitionem specialem in personam diffamatam; *c. qualiter* 17. *c. cum oporteat* 19. *et c. qualiter* 24. *de accusat.* 2. Aliquando dat locum incarcerationi, quando persona de fuga suspecta, nec adeo propter ante actam vitam honesta est, 3. Indici sic diffamato purgatio canonica prodest; *can. presbyter* 5. *caus.* 2. *q.* 4.

25

In civilibus plerumque obtinet vim semiplenae probationis, cons. accedente alia probatione semiplena, plena efficitur, ut colligitur ex *c. praeterea* 27. *de testib. et l. testium* 3. §. *ejusdem* 2. *ff. eod.* Mascard. *concl.* 754. *n.* 11. Hann. *tr.* 4. *citat. n.* 354. Stryck *c.* 4. *citat. n.* 22. Engl. *n.* 18. Vviestner *n.* 38. Dixi *plerumque*; nam aliquando plenam efficit fidem, aliquando semiplena minorem. *Plenam facit*, quando factum est occultum, et difficilis probationis; quando agitur de vitando peccato, v. gr. ut impediatur matrimonium propter impedimentum consanguinitatis, vel aliud dirimens inter per-

sonas contrahentes intercedens; quando res est modici praejudicii etc. de quibus vide Mascard. *concl. cit. a n. 7. semiplena minorem* vim habet in causis, quae valde arduae, et magni sunt praejudicii; imo quando fama a malevolis, maledicis, aut levibus hominibus orta est, vel propagata; quando testes de ea deponentes non sunt omni exceptione majores; quando vis ejus argumentis, et praesumptionibus in contrarium militantibus infirmatur etc. P. Vviestner *n.* 40.

§. II.

De personis ad probandum obstrictis.

SUMMARIUM

26

Quaeritur 1. cui incumbat onus probandi? Resp. Generaliter is probare debet, qui dicit, seu affirmat rem dubiam in judicio in alterius praejudicium, nec habet pro se praesumptionem juris. Conveniunt in hoc omnes DD. et expresse statutum est *l. ei incumbit* 2. *ff. et l. ut creditor* 1. *C. de probat.* sine dubio ideo, quia si aliquid petere, et non probare sufficeret, nihil esset tam injustum, quod non peti, nulla innocentia tanta, quae non opprimi posset. Hinc quia actor plerumque affirmat, reus negat, regulariter onus probandi incumbit actori, non vero reo neganti; *l. verius* 21. *ff. hoc tit. l. frustra* 8. *l. actor* 23. *C. eod.* Quod adeo verum est, ut actore non probante reus absolvi debeat, etsi nihil praestiterit, i. e. nullam defensionem, vel probationem pro se attulerit, ut decernitur; *c. fin. §. sane de jurejur. c. un. ut eccl. benef. fin. dim. confert. l. qui accusare* 4. *fin. C. de edend.*

27

Extenditur hoc 1. ad omnes causas, non tantum civiles, sed etiam criminales, nec ad profanas solum, sed etiam ad spirituales, et beneficiales; nam in his omnibus procedit assertio. *Extenditur* 2. etiam ad casum, quo judex ex officio inquirit; tum enim ipse probare debet contenta, et asserta in inquisitione, quia succedit loco actoris, seu accusatoris; Pacian. *l.* 1. *de prob. c.* 7. *n.* 2. *Extenditur* 3. etiamsi constet, quod reus nullum jus in causa, vel re habeat, ut quia res aliena est, quam possidet: nam nisi actor, qui dicit, se esse dominum, vel quasi dominum illius rei, hanc suam intentionem probaverit, in eo judicio molestari reus non debet; quia in tali casu non quid juris reo, sed quid actori competat, aestimandum est, ut recte advertit Pacian. *loc. cit. n.* 55. Dixi autem *regulariter onus probandi incumbere actori*; nam plures sunt casus, in quibus illud incumbit reo. Et hinc

28

Quaeritur 2. quando onus probandi incumbat non actori, sed reo? Resp. his praecipue casibus istud ex communi DD. sententia reo incumbere, 1. Si opponat exceptionem affirmativam, h. e. si excipiendo aliquid asserat, e. g. si petitus solutionem a creditore dicat, se jam solvisse; tunc enim suscipit in se onus actoris quoad opposita a se exceptiones; *l. in exceptionibus* 19 *ff. hoc tit. et ibi* glossa *V. velut intentionem.* Ratio est, quia *agere is videtur, qui exceptione utitur, et reus exceptione fit actor*; *l. agere* 1. *ff de except. praescript. et praejud.* Dixi autem, *si exceptio sit affirmativa*; nam si reus excipiendo neget, ut fit in exceptione non numeratae pecuniae, ea proposita, non reus, sed actor probare debet numerationem pecuniae factam esse; *l. si ex cautione* 3. *C. de non numerat. pecun.*

29

2. Si praesumptio juris stet pro actore: tunc enim non actori affirmanti, sed reo neganti incumbit probatio. Ratio est, quia universim haec vis, et potestas praesumptionis est, ut ab onere probandi relevet, et illud in adversarium, contra quem praesumitur, transferat; *cap. un. ut eccl. benef. fin. dimin. confer. l. fin. pr. ff. quod met. caus. l. generaliter* 24. §. *sed etsi* 8. *in fin. ff. de fideicomm. libert.* Imo si praesumptio haec sit juris, et de jure, ille, adversus quem stat talis praesumptio, pro convicto habetur, cum contra hujusmodi praesumptionem nulla admittatur probatio, ut infra dicetur *tit.* 23. *de praesumpt.* Proceditque hoc, etiamsi pars adversa sit in possessione: ubi tamen distinguendum est, an possessor hujusmodi sit capax possessionis, vel non; nam si hoc *secundum*, uti

est laicus respectu juris eligendi, decimandi etc. justificare possessionem suam adversus actorem, pro quo praesumptio juris militat, debet, nisi possessio ejus immemorialis sit, et cons. praesumptionem privilegii a principe concessi habeat. *Si primum*, a probandi onere eundem liberabit possessio longi, vel longissimi temporis; quia cum ejusmodi possessio sit idonea ad pariendam praescriptionem, etiam idonea erit ad infringendam praesumptionem, quae possidenti obstat.

30

3. Si actor sit persona privilegiata, e. g. pupillus, minor, mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, rusticus, et rerum forensium expers; nam si talis persona indebitum solutum quaeratur, is, qui accepit pecunias, probare debet se bene eas accepisse, et debitas sibi fuisse solutas; alias si non probaverit, redhibere tenebitur; *l. cum de indebito* 25. §. *sin autem* 1. *ff. hoc tit.* Eodem modo, si major a minore emat bona immobilia, et postea minor, volens recedere ab emptione, praetendat non intervenisse decretum judicis, is non tenebitur probare defectum hujus solemnitatis, sed emptor docere debet, quod intervenerit; *leg. quaecumque* 13. §. *fin. ff. de publician. in rem. action. Neque obstat*, quod alias praesumantur omnia solemniter acta, nisi contrarium ostendatur; *l. sciendum* 30. *ff. de V. O.* nam hoc in minore, et pupillo non procedit ob horum favorem.

31

4. Si reus negans juris sui fiducia onus probandi ultro subeat; *l. c. eum* 14. *v. siquis autem* juncta glossa *V. juris ff. hoc tit.* et ratio est, quia juri suo potest renuntiare. Circa lationem sententiae tamen hoc casu distinguendum est, an reus hujusmodi post susceptum in se onus probandi legitime probet intentionem suam, an vero nec ipse suam, nec actor suam sufficienter probaverit. *Si primum*, pro ipso positive est ferenda sententia. *Si secundum*, absolvetur reus tantum a judicio illo, causam tamen non amittet, nisi ita in se onus probandi susceperit, ut simul ad amissionem causae se obligarit, casu quo non probaverit.

32

5. Si judex ex justa causa onus probandi in reum transferat, ut si deferat reo juramentum in judicio, debet enim tunc reus parere, et onus illud suscipere, ac praestitum loco probationis habebitur; *l. manifestae* 38. *ff. de jurejur.* vide glossa *in c. un V. actore non probante ut eccl. benef. fin. dimin. conf.* Durand. *specul. tit. de prob.* §. 1. *a n.* 10. Hiltrop. *part.* 3. *tit.* 8. §. *cui incumb.* Sicard. *in lib.* 23. *C. hoc tit. a n.* 3. Jordan. *lib.* 14. *tit.* 17. Haun.

tom. 5. *tract.* 4. *a n.* 24. Vallens. *hic* §. 3. Pirhing *a num.* 5. Vviestner *a n.* 10. et alios ab his *cit.*

33

Quaeritur 3. an et quando negans teneatur probare? Resp. distinguendum inter propositiones negativas; nam triplicis generis esse possunt, una facti, alia juris, alia qualitatis. *Negativa facti* dicitur, quae, negat aliquid factum fuisse, ut *non occidi Titium*, *non contraxi cum Sempronio etc. Negativa juris*, quando negatur aliquid de jure fieri posse, vel de jure factum fuisse, ut siquis neget Titium non posse esse procuratorem, vel posse contrahere matrimonium; vel siquis neget testamentum, electionem, emancipationem etc. esse jure factam. *Negativa qualitatis* denique, quando negatur aliqua qualitas in subjecto; quae duplicis generis esse potest; nam aliquae insunt homini communiter, et naturaliter, verb. grat. aliquem esse compotem mentis, legitimum, sobrium, pacificum, probum, potentem ad coitum etc. aliae solum insunt accidentaliter, et non communiter, verb. grat. aliquem esse nobilem, doctorem theologiae, vel juris etc. His suppositis

34

Certum est 1. Si propositio sit *negativa qualitatis*, quae communiter, et naturaliter inest omnibus eam probari debere a negante illam qualitatem; glossa *in cap. bonae* 23. *V. per rerum naturam de elect.* Paoian. *de probat. lib.* 1. *capit.* 36. *num.* 29. Hiltrop. §. *cui incumb. citat. num.* 23. *et seqq.* Pirhing *hic n.* 13. Engl. *num.* 6. Sannig. *capit.* 2. *num.* 8. Seambogen *num.* 7. Vviestner *n.* 18. Ratio est, quia qualitas, quae communiter, et naturaliter inest, homini adesse a jure semper praesumitur. At si negetur qualitas, quae solum accidentaliter et non comuniter inest, distinguendum est, an agatur de aliquo promovendo, vel admittendo ad dignitatem, beneficium in quo qualitas illa requiritur; an vero de eo, qui promotus, vel admissus est, ob carentiam ipsius removendo. *Si primum*, non negativa, sed affirmativa propositio probanda est ab allegante; et si non probetur, non praesumitur adesse; *arg. l. magistros* 7. *cod. de profess. et l. un. C. de profess. urb. Constantin. Si secundum*, onus probandi defectum talis qualitatis neganti incumbit, cum adversarius ejus per possessionem muneris, quod talem qualitatem requirit, constituatur etiam in quasi-possessione ipsius qualitatis; Paeian *l. cit. n.* 23.

35

Certum est 2. si propositio sit *negativa juris*, et id quod negatur, sit de genere promissorum, ut fit in exemplis supra allatis, eam propositionem probandam a negante; *l. ab. ea parte* 5. *ff. hoc tit.* Hiltrop. *n.* 19. *et seqq.* Zoes. *hic n.* 6. Pirhing *n.* 12. Engl.

n. 6. quia omnia praesumuntur de jure licita esse, nisi prohibita esse probentur. At, quando negantur ea, quae sunt de genere prohibitorum, e. gr. cum negatur hominem aliquem jure occidi potuisse, non negans suam negativam, sed affirmans affirmativam probare debet, ut recte advertit Pirhing *loc. cit.* nam in materia communiter prohibita observari debet regula: *Quod concessum non reperitur, eo ipso prohibitum censeri debet.*

36

Controversia solum est de *propositione negativa facti*: sed etiam haec ope distinctionis decidi potest; nam triplex hujusmodi propositionum species est, videlicet 1. *propositio negativa pura, simplex, et indefinita*, quae non habet determinationem loci, temporis, vel alterius circumstantiae, e. g. cum reus dicit: *non contraxi, non mutuavi, non sum citatus etc.* 2. Est negativa facti determinata, quae limitata est certo loco, tempore, et aliis circumstantiis, ut si testis, vel actor dicat, Titium contraxisse matrimonium cum Bertha tali loco, tempore etc. 3. Denique *propositio negativa praegnans*; quia scilicet virtualiter, et implicite continet in se propositionem affirmativam, ut siquis dicat se non sponte renuntiasse beneficio; nam hic implicite asserit sibi vim illatam in renuntiatione beneficii.

37

Ex his *ultima* a negante probari potest, et debet; *c. super hoc* 5. *de renunt. cap. fin. vers. nos causam de success. ab intest. l. si filius* 8. *ff. hoc tit.* Pacian. *de prob. lib.* 1. *cap.* 36. *n.* 20. *et seqq.* Honor. *hic n.* 11. Pirhing. *num.* 11. Schambog. *n.* 7. Konig. *num.* 24. Vviestner *num.* 19. Ratio est, quia asserenti incumbit probatio, sed qui utitur propositione negativa praegnante, asserit aliquid; ergo etc. *Secunda*, seu *negativa determinata* a negante probari indirecte potest, si scilicet probet se eo tempore in alio loco, cum aliis personis fuisse etc. sed probari ab ipso non necessario debet; *cap. ex tenore* 35. *de testib. leg. optimam* 14. *vers. etsi inter cod. de contrah. stipul.* Pacian. *cap.* 37. *n.* 24. *et seqq.* Hiltrop. §. *cui incumb. num.* 7. *et* 34. Pax Jordan. *tit.* 17. *n.* 34. Henriq. Canis. *in cap.* 11. *hoc tit. n.* 2. Laym. *ibid. num.* 1. Zoes. *num.* 6. Pirhing. *n.* 10. Engl. *n.* 6. Sannig. *cap.* 2. *num.* 8. cum aliis *supra. Excipe*, nisi super ejusmodi propositione negativa eam allegans fundet intentionem suam; tunc enim illam probare debet, cum regula generalis sit, quemlibet obligari ad probandum id, quod est causa, et fundamentum intentionis suae.

38

Prima, seu *negativa pura* non potest probari; *leg. actor* 23. *C. hoc tit. et cap. bonae* 23. *de elect.* Hiltrop. *num.* 35. Vvesembec. *ff.*

hoc tit. num. 6. Pacian. *cap.* 36. *n.* 6. Pax Jordan. *num.* 34. Vallens. §. 3. *n.* 3. Pirhing. *n.* 8. Konig. *n.* 22. Schambogen *num.* 6. Vviestner *num.* 21. cum aliis relatis. Ratio est, quia negationis, utpote non entis, nullae sunt causae, nulle differentiae, nullae proprietates, a quibus sicut definitiones, ita et probationes desumendae sunt, cum probatio nihil aliud sit, quam vera alicujus facti definitio, et demonstratio. Conf. quia non apparet, quo genere probari possit: non *per testes*; quia testis deponens super assertione mere negativa non coarctata loco, et tempore fit suspectus de falso, ut notat Gaill. *lib.* 1. *obs.* 64. *n.* 4. Non *per istrumenta*; quia instrumenta erigi solent super affirmatione, non negatione, si illa sit mere indefinita. *Non per juramentum*; quia hoc non defertur reo, nisi in defectum, et supplementum probationis. *Non per praesumptionem*; quia ista in propositione mere negativa locum non habet, nisi quatenus onus probandi rejicit in adversarium, quod non est probare, sed relevari a probatione. Potest quidem fides de ea fieri per confessionem; sed haec, ut saepe dictum est, iterum non est probatio ejus, quod prius negatum erat, cum adversarium relevet ab onore probandi, quod pars adversa confitetur.

39

Quaeritur 4. quis probare debeat in judiciis duplicibus qualia sunt familiae herciscundae, de communi dividundo, finium regundorum etc. Resp. In his probare debet uterque litigantium; et ea pars tandem vincet, quae melius probaverit: quod si aeque probet pars utraque, absolvendus est possessor. Ita Vivian. *in cap. ex litteris* 3. *hoc tit.* Layman *ibid. n.* 2. Gonzalez. *n.* 8. *et seqq.* Barbosa *n.* 1. *et* 13. Vvagnereck. *in exeges.* Pax Jordan. *n.* 31. Perez *in C. hoc tit. n.* 20. Brunnem. *in lib.* 8. *eod. n.* 5. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 5. Zoes. *num.* 5. Honor. *n.* 8. Pirhing. *n.* 14. *et seqq.* Engl. *n.* 4. Schambogen *num.* 8. Vviestner *n.* 11

Dixi 1. *in his judiciis utrique litigantium onus probandi incumbere.* Statuitur *cap. ex litteris cit. l. in tribus* 13. *et leg. seq. ff. de judic. l. judicium* 10. *ff. fin. regund. l. inter* 44. §. *qui familiae* 4. *ff. famil. hercisc.* Ratio indicatur *cit.* textibus; quia in his uterque litiganlim est simul actor, et reus. Hinc etiam *actiones mixtae, et judicia duplicia* appellantur; *l. actionis* 37. §. *mistae* 1. *ff. de O. et A.* intelligendum tamen hoc solum est quoad onus probandi, et alios effectus judicii; nam quoad ista solum in his judiciis uterque pro actore, et reo habetur: quo non obstante, ut lis facilius, et commodius ordinetur, et sciatur, pro quo sit pronuntianda sententia casu, quo uterque vel aeque, vel nihil probaverit, salubriter introductum est, ut etiam in his judiciis unus actoris, alter rei vicem su-

stineat; et actoris quidem vicem sustinebit is, qui primus provocavit in judicium; *l. in tribus cit.* junct. glossa *V. videri actorem.* Si non appareat, quis primo provocaverit, sorte dirimendum est, quis principalis actor dici debeat; *l. sed cum ambo* 14. *ff. de judic.*

40

Dixi 2. *in casu aequalis probationis absolvendum possessorem;* quod clare constat ex *cap. ex litteris cit. v. quod,* ubi ratio redditur *quod promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum. Conf.* nam ubi actor nihil probavit, pro reo ferenda sententia est; *l. qui accusare* 4. *fin. C. de edend.* sed reus plerumque possessor est; quia minorem habet causam provocandi: ergo recte dicitur pronuntiandum esse pro possessore. Excipitur *vers. quodsi cit.* si agatur de liberali causa; in hac enim, si utriusque partis probationes aequales sint, pro libertate sententia proferri debet etiam contra reum, et possessorem. Extendit exceptionem hanc gloss. *in cap. cit. V. in liberali* etiam ad alias causas favorabiles, cujusmodi est matrimonium, dos, testamentum; nam testes, qui pro iis deponunt, praeferuntur aliis testibus, etiamsi forte hi secundi priores excederent ob aliquam qualitatem, veluti quia clerici sunt, illi laici, ut notat Barb. *in cap.* 3. *cit. n.* 8.

41

Quaeritur 3. an in defectu probationum pars parti contra se instrumenta, et rationes edere, seu exhibere teneatur? Videtur standum pro affirmativa, ita ut non tantum actor reo, sed etiam reus actori ostendere, et exhibere instrumenta, ac rationes debeat, prout opus est ad probandam intentionem alterutrius. *Ratio est* 1. quia non debet probationibus praecludi via, et earum facultas coangustari; *l. quoniam* 21. *in fin. C. de haeret. l. nec quid* 7. *vers. de his ff. de incend. ruin. etc.* sed nullo modo veritas clarius constare potest, quam per instrumenta *lib.* 1. *C. de edend.* igitur actor reo, et reus actori ea tenetur edere. 2. Aequalitas servari debet inter actorem et reum. Sed omnium sententia actor reo edere debet instrumenta sua; ergo etiam reus actori. 3. Reus cogitur respondere positionibus actoris, ut *tit. praec. n.* 4. dictum est; item cogitur scribere, ut per litterarum comparationem possit actor probare chirographum confectum manu propria rei conventi: *Novell.* 73. *cap.* 1. igitur etiam tenebitur edere instrumenta.

42

Sed his non obstantibus, vera est communis doctrina, quae distinguit inter actorem, et reum, et de actore quidem concedit, quod edere reo instrumenta sua debeat, negat autem, quod ea debeat edere reus actori. Ita Abb. *in cap. ex epistolae* 1. *hoc tit. n.* 14.

Henr. Canis. *ibid. n.* 1. *et* 2. Fagnan. *n.* 1. Laym. *n.* 1. *et* 2. Gonzal. *n.* 7. *et seq.* Barb. *n.* 1. *et* 13. Vvagnereck *not.* 1. Vallens. §. 3. *n.* 6. Zoes. *n.* 9. Pirh. *n.* 22. Scambogen *n.* 13. Konig *n.* 17. et constat ex juris utriusque textibus; canonici quidem *cap. ex epistolae cit.* civilis autem *l. in speciali* 73. *ff. de R. V. lege nimis grave* 7. *C. de test. l. cogi* 11. *C de petit. haer. leg. qui accusare* 4. *et leg. fin. C. de edend.* Ratio est 1. quia reus iuvitus trahitur ad judicium, et ibi comparet non ad laedendum alium, sed ad tuendum se; actor vero in potestate sua positum habet adversarium convenire. Igitur mirum non est, quod majori favore jus prosequatur reum, quam actorem, et eundem absolvat, si contra ipsum actor nihil probaverit, non autem in plus condemnet, quam iste ex instrumentis, quae secum affert, ostenderit. 2. Quia actor hoc ipso, quod in potestate cjusdem sit adversarium convenire, ad judicium instructus, et paratus debet accedere. Igitur probationes suas secum afferre debet, et non debet illas e domo adversarii petere, vel causam suam peralienis documentis fundare. E contrario aequissimo jure reus, a quo aliquid petitur, sibi rationes adversarii, quibus se instruat, promi desiderat; debet enim ad has respondere. Igitur easdem sibi notas habere debet, quod non esset, si eidem non exhiberentur. 3. Quia nec juris, nec aequitatis permittit ratio, ut quis contra se, et proprium commodum instruat adversarium; nam ut pulchre *cap. ex epistola cit.* Gregorius loquitur, *nulli dicendum est, ea, quae contra te sunt, apud temetipsum debes documenta requirere, atque haec pro me in medium proferre,* ut emendatius *ibid.* legit Gonzalez.

43

Excipiuntur tamen ab hac universali doctrina complures casus, quibus etiam reus actori edere instrumenta debet. Et 1. quidem si instrumenta non sint propria unius, sed communia utrique parti; *cap. G. perpetuus* 12. *de fid. instrum.* Ratio est; quia tunc edit illud non ut suum proprium, sed ut instrumentum ipsius etiam actoris. Proceditque hoc, sive instrumentum sit commune ratione proprietatis, et ipsius chartae, quo modo instrumenta defuncti sunt communia omnibus haeredibus; sive ratione actus contenti, quo modo instrumentum emptionis venditionis est commune emptori, et venditori, quorum rogatu a notario est confectum; sive denique ratione officii publici, quo modo communes sunt rationes argentariorum, libri censuales, acta judicialia, et alia ad publicam utilitatem scripta; *l. si quae* 5. *ff. famil. hercisc. l. argentarius* 10. *ff. l. is apud* 2. *et l. procurator* 7. *C. de edend.* et passim DD.

2. Si actor intentionem suam jam habet fundatam, e. g. si jam probavit, quod fundus reo sit venditus, sed nesciat, quomodo, et quibus conditionibus ea venditio facta sit, et quousque se extendat; tunc enim cogitur reus edere instrumenta sua ad adjuvandam intentionem actoris jam fundatam, et probatam, cum non petat ad principaliter impugnandum; adeoque cesset ratio, ob quam prohibentur instrumenta a reo peti; *l. Titius* 48. *et l. creditor* 52. *prim. ff. de action. empt. et vendit.*

44

3. Si reus ipse utitur instrumentis suis, illaque producit in judicio; *l. quia* 1. §. *edenda* 3. *ff. de edend.* Ratio est, quia quando alicujus intentio fundatur in aliquo instrumento, vel privilegio, tunc adversarius petere potest, ut illud edatur sibi, non ut instruatur ad probationem pro se praestandam, sed ut deliberare possit, an agere velit.

4. Si actor demonstrat se suas rationes, et instrumenta amisisse citra suam causam, videlicet incendio, ruina, naufragio etc. tunc enim aequitas, et commiseratio suadet eidem succurri a judice cogente reum, ut sua in subsidium instrumenta edat; *arg. l. siquis* 6. §. *prohibet* 9. *ff. de edend.*

5. Potest actor petere a reo, ut exhibeat, quae necessaria sunt ad probandam suam replicationem; nam replicatio est quaedam exceptio actoris contra exceptionem rei. Sicut igitur actor reo edere instrumenta sua debet ad fundandam exceptionem illius, ita pariter aequum est, ut reus actori edat instrumenta sua, quae necessaria sunt ad fundandam replicationem illius; Abb. *cap.* 1. *cit. n.* 15.

6. Usurarii, si negent usuras se exercere, aut exercuisse, compelli possunt etiam per censuras ecclesiasticas, ut edant libros suos, seu instrumenta rationum suarum ad probandam intentionem actoris; *Clem. un.* §. *ceterum de usur.* Extenditur communiter ad similes personas, quae frequenter fraudes committunt in contractibus, quales sunt judaei, publicani, nummularii, caupones etc. et hoc in odium fraudis, quae authori suo prodesse non debet.

45

7. Reus cogitur edere instrumenta fisco contra se agenti, idque ex speciali privilegio, quo gaudet fiscus, ut possit de domo rei sumere probationes ad firmandam ex illis intentionem suam; *l. ex quibusdam* 2. §. *divus Adrianus* 1. *et seq. ff. de jur. fisc.* Id autem solum procedit in causa civili, non vero in criminali, saltem capitali; quia cum tunc agatur de praejudicio rei multo graviore, quam in judicio civili esse possit, is edere fisco instrumenta non cogitur:

et ratio est, quia nimis durum foret agentem criminaliter ad poenam capitalem exigere probationes de domo rei.

8. Privilegium hoc multi cum Abb. *in cap.* 1. *cit. n.* 19. Decio *ibid. n.* 15. Felin. *n.* 11. extendunt etiam ad ecclesias, et hospitalia, aliaque loca pia, quibus proin concedunt, ut petere instrumenta a reo possint ad intentionem suam fundandam. *Rationem* dant, quia fiscus, et ecclesia aequiparantur, saltem in materia favorabili: ideoque fisco concessa privilegia etiam ad ecclesiam extenduntur ob paritatem rationis, cum utrobique versetur publica utilitas, et jura pari favore ecclesiam, et fiscum prosequantur.

46

9. Denique sunt nonnulli, qui idem privilegim trahunt etiam ad causas matrimoniales, vel alias, in quibus vertitur favor pietatis, ut sunt causae alimentorum, dotis, legati ad pias causas, et generaliter ad omnes causas favorabiles, in quibus proin actori a reo convento edi debere instrumenta volunt, saltem quando non adest copia, seu facultas probandi; Abb. *n.* 19. Decius n. 16. Felin. *n.* 10. *et* 11; Vvagn. *not.* 2. *vers. limitatur* 3. Pirh. *n.* 26. qui tamen notat, hoc in praxi non videri ubique receptum esse. Quidquid sit de ista praxi, hoc verum est, posse ob favorem causae piae judicem imperare, ut edantur instrumenta a reo, quando res aliter probari non potest, ut recte advertit Laym. *in c.* 1. *h. tit. n.* 9. *in fin.*

Videri de his exceptionibus possunt Abb. *in cap. cit. a n.* 7. Decius *a n.* 13. Felin. *a n.* 9. Vivian. *in ration. ibid.* Canis. *a n.* 4. *Laym. a n.* 3. Vvagner. *not.* 2. Vall. *hic* §. 3. *n.* 6. Zoes. *n.* 9. Pirh. *a n.* 23. Schamb. *n.* 13. Konig. *n.* 17. Sanig. *c.* 4. *n.* 2.

47

Sic limitatae responsioni non obstant argumenta opposita in contrarium. *Ad* 1. etsi verum sit, quod probationum facultas non sit coangustanda, et propterea plura specialia in jure permittantur, id tamen verum est solum, si legitimis mediis probatio fiat, et modis a jure statutis. Sed non est modus a jure approbatus e domo adversarii probationes petere, nisi in casibus supra exceptis; jus enim neminem compellit ad veritatem dicendam, nisi sit testis, ut habetur *cap. intimavit* 28. *de testib.* vel nisi alias aequum videatur judici, ut reum interroget; *l. ubicunque* 21. *ff. de interrog. in jur. faciend.* quod hodie fit per positiones actoris in libello propositas. *Ad* 2. principium illud, quod aequalitas sit servanda inter actorem, et reum ut bene Henr. Canis. *l. cit. n.* 11. advertit, procedit tantum quoad probationem, ut sicut actor intentionem, ita reus exceptionem suam probare debeat; non autem quoad editionem instrumentorum, unde probatio elicitur. *Ad* 3. disparitas est, quia respectu confessionis,

qua reus ad positiones respondet, non potuit actor venire paratus, cum illa non sit in potestate sua; potuit autem venire paratus respectu instrumenti, cum potuerit sibi ab initio praecavere: et ideo ipse sibi imputare debet, si instrumenta idonea ad probationem causae sibi non comparavit; nam vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt; *c. vigilanti* 5. *de praescr.*

48

Quaeritur 6. utrum valeat pactum, quo inducitur necessitas utendi certo probationum genere? Fieri hujusmodi pacta nonnunquam solent a sponsis, antequam matrimonium contrahant, dum inter pacta nuptialia cetera etiam istud ponunt, ut in annulorum, torquium et aliorum cimaeliorum repetitione soluto matrimonio non alia adhibeatur probatio, quam per instrumenta, v. g. inventarium. Et quidem si pactum hoc ita sit initum ut superstes illa dumtaxat restituere teneatur, quae in inventario descripta sunt, P. Vviest. *hic n.* 22. valere judicat, et merito; nam quae inventario descripta non sunt, superstiti relicta censeutur per donationem morte confirmatam.

Si vero ita sit initum, ut ex solo inventario, et non aliunde probatio sumi possit, quae res, soluto matrimonio, restitui debeant, quae non, pactum hujusmodi invalidum est, ut cum Ant. de Butrio notat Fagn. *in c. sicut* 2. *h. tit. n.* 9. Ratio est, quia bonis moribus adversatur, et difficiliorem probationem efficit, dum paciscens intendit alias legitimas probationes excludere, forte quia sperat probationem per instrumenta facile everti, vel impediri posse.

49

Dubium est, an juramentum tali pacto additum obligatorium sit? Durand. *specul. de probat.* §. *videndum* 3. *n.* 6. quem sequitur Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 74. putat illicitum quidem illud esse, sed de re licita, cons. instar ejus, quod de usuris solvendis foeneratori praestatur, obligatorium; *arg. c. debitores* 6. *de jurej.* Rationem dat Haunoldus; quia tale juramentum sine peccato, et tertii praejudicio observari valet, consequenter locum habet regula *c. cum contingat* 28. *de jurejur. et c. quamvis* 2. *de pact. in* 6.

Sed dicendum tale juramentum non minus, ac ipsum pactum viribus carere. Ità Fagnan. *in cap. sicut n.* 16. *et seq.* ubi pro se allegat Fulgos. Alex. Imol. Seraphin. Ratio est, quia cum etiam ipsum ad occultationem veritatis tendat, a bonis moribus alienum non minus est, quam pactum, cui adjicitur: et hinc sicut pactum tale non tenet, ita nec juramentum obligat. Accedit, quia juramentum, quod fit contra jus publicum, obligatorium esse non potest. Tale esset in casu nostro, quo adstringerentur partes ad certum probationis genus, e. g. per instrumentum, exclusa probatione per testes, cu-

jus usus per jus publicum tanquam necessarius laudatur, et recipitur; *lib. testimonium* 1. *ff. de testib.*

Hinc, quae in contrarium afferuntur, hoc ipso corruunt, et sequitur, non obstante hujusmodi pacto, et juramento, quod ei additum est, alias probationes ad veritatem probandam adhiberi posse, si probationes pacto expressae deficiant.

50

Quaeritur 7. Si causa ad alium judicem devolvatur, quid agendum cum actis processus, et judicii prioris? Resp. Tunc remitti ad judicem, ad quem causa devoluta est, debent, et eidem exhiberi, ut habetur *cap. causam* 11. *de testib.* et sumitur *ex cap. bonae* 15. *h. tit.* Ex quo sequitur acta in priore judicio valere etiam in posteriore, et in hoc ex actis prioris judicii procedendum esse, ut notant Vivian. *in cap. bonae cit.* Layman *ibid. n.* 2. Barbosa *n.* 1. Vvagu. *in exeges. ejusd. cap.* Ratio est, quia idem judicium, et tribunal esse censentur. Hinc repeti non debent acta prioris judicii; quia sufficienter fidem faciunt etiam in judicio posteriore inter easdem partes litigantes: quod tamen intellige de actis instructoriis causae tantum, et de decisoriis litis; nam ordinatoria litis, uti est citatio, libelli oblatio, juramentum calumniae, litis contestatio, datus terminus dilationum etc. si in alio tribunali causa sit agitanda, repeti debent, quod non ad fidem faciendam, sed ad ordinem judicii pertineant, qui in quocunque tribunali servandus est. Plura de hoc *tit. seq.*

51

Dubitatur quomodo acta judicii, si perdita sint, probari possint? Resp. probari posse per duos testes, qui deponant se illa antea inspexisse, et legisse: imo sufficiet quandoque confessio partium. Hinc si partes litigantes propria voce confiteantur litis contestationem esse factam, licet in actis illud non reperiatur, standum erit confessioni illarum, ita, ut repetere illam non sit necesse, ut notat Abb. *in cap. fin. h. tit. n.* 2. Pirh. *hic n.* 69. et ratio est, quia etsi alias confessio partium in his, quae non dependent ab earum arbitrio, fidem non mereatur, fidem tamen meretur, si aliunde sit praesumptio, uti est in casu nostro; cum enim litis contestatio sit de substantia processus, merito praesumitur esse facta; *l. sciendum* 30. *ff. de V. O.* Abb. *n.* 2. *cit.* Felin. *ibid. n.* 2. Pirh. *l. cit.*

§. III.

De objecto probationis.

SUMMARIUM

52

Quaeritur 1. quid sit probandum? Resp. In genere loquendo probatio versatur circa factum controversum, ac causae decisionem pertinens, et quod directe probari possit, sive deinde criminale illud fuerit, sive civile; Hiltr. *p.* 3. *tit.* 8. §. *cui incumb. n.* 46. Vvesenb. *ff. h. tit. n.* 7. Pirh. *hic n.* 31, Konig *n.* 18. Sannig. *c.* 4. *n.* 4. Dixi 1. *circa factum*: quia, quae sunt juris, cum certa illa, et nota judici praesumantur, non probantur in judiciis, sed allegantur ad inferendum aliquid aliud, quod in facto, aut faciendo consistit, prout notavi *supra n.* 3. Excipiuntur ea, quae sunt juris municipalis, vel consuetudinarii; quia haec aequiparantur quaestionibus facti. Item quae sunt juris communis quidem, sed dubii; quod leges aliquo modo videantur esse contrariae: tunc enim sensus legis ex communi DD. opinione probari potest, et debet. Dixi 2. *controversum*; nam facta notoria probatione non indigent: de quo vide *n.* 3. *cit.* Dixi 3. *ad causae decisionem pertinens*; nam impertinentium probatio, utpote inutilis, non est recipienda, nedum decernenda; Hiltr. *l. cit. n.* 53. cum reliquis supra. Dixi 4. *et quod directe probari possit*, saltem per conjecturas, vel juramentum, cujusmodi sint, quae suple natura occulte, et etiam remotis arbitris fieri solent; nam ea, quae nullam omnino probationem suscipiunt, ut sunt propositiones mere negativae, non coarctatae certo loco, et tempore, nec debent, nec possunt probari; Vvsenb. Pirh. *l. cit.* Dixi 5. *sive criminale fuerit, sive civile*, cum hoc tamen discrimine, quod in civilibus causis sufficiant probationes minores, in criminalibus autem requirantur plenissimae, ob gravitatem praejudicii, quod secum trahunt; *l. fin. C. h. tit.*

53

Quaeritur 2. quomodo probandi sint *confines*, seu *limites* dioecesium, parochiarum, et aliorum locorum? Resp. Modus refertur

cap. cum causam 13. *h. tit.* et tradunt ibi DD. 1. enim probari possunt per libros, et scripturas antiquas; *cap. cum causam citat.* et *l. Titius* 48. *ff. de action. empt.* Quaenam scripturae antiquae dici debeant, controvertunt DD. aliqui putant sufficere 40. annos; aliqui requirunt tempus excedens hominum memoriam: optime illud relinquitur arbitrio judicis, qui pro temporum, et rerum circumstantiis, quod aequum est, statuet.

2. Per monumenta vetera; *l. in finalibus* 11. *ff. fin. regund.* Talia sunt historiae antiquae; et chronica, si tamen illis a majoribus nostris fides sit adhibita; lapides terminales, cippi, et tabulae aereae, quibus fines, et formae agrorum inscriptae leguntur; arma sculpta affixa, vel depincta in monumentis, domibus, et capellis; item inscriptiones, seu epitaphia antiqua etc. nam his, nisi fraus probetur, plena adhibetur fides, cum locum instrumenti publici habeant, ut cum aliis docet Gonzal. *in c.* 13. *cit. n.* 5.

54

Per testes; *c. cum causam cit.* Ex istis in hac materia finium maxime idonei sunt ii, qui in vicinis, et circumjacentibus locis habitant; *arg. l. ait. praetor.* 1. §. *flumen.* 1. *ff. de flumin.* item rustici, qui plerumque terminos adeunt, et loca ipsa vident; *l. si chorus* 79. §. *his verbis* 1. *ff. de fideicomm.* 3. Neque interest, etsi testes isti sunt domestici, ut fuse probat Mascard. *concl.* 395. *a n.* 9. et ex eo docet Gonzal. *in c.* 13. *cit. n.* 6. sufficiunt etiam testes de auditu, modo expresse testentur se id audivisse a suis majoribus, et eorum aliquot nominent; Abb. *in cap.* 13. *cit. n.* 1. *not.* 2. Ratio est, quia cum probatio per testes deponentes de visu in factis antiquis, quae vitam hominum excedunt, sit impossibilis, major probatio, quam per auditum requiri non potest.

4. Per famam publicam; Imol. *in c.* 13. *citat. n.* 5. Felin. *ibidem n.* 9. *Neque obstat.* 1. quod regulariter sola fama per se sine aliis adminiculis non probet; nam hoc non procedit in factis antiquis, ubi admittuntur leviores probationes. *Non obstat* 2. quod *in c. cit.* ultra famam requirantur quaecunque adminicula ad probandum in rebus antiquis; quia ut recte textum hunc explicat Barb. *l. cit.* particula *et* accipi debet non copulative, sed disjunctive sicut subinde accipitur juxta subjectam materiam, de qua agitur.

55

5. Denique per praesumptiones, conjecturas, et indicia, si plures jungantur simul, et ob diuturnitatem temporis res alio modo difficulter probari possit; imo etiam duae ejusmodi praesumptiones, vel conjecturae hoc casu faciunt plenam fidem; quia quae non prosunt singula, juncta juvant; gloss. *fin. in c.* 1. *cit.*

Videatur de hoc Abb. *in cap.* 13. *citat. n.* 1. Vivian. *ibidem in ration.* Henr. Canis. *n.* 1. Layman. *a num.* 1. Gonzal. *a n.* 4. Barbosa *a num.* 3. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 8. §. *de specieb. probat. n.* 4. Perez *in C. h. tit. n.* 11. Pirh. *a num.* 52.

56

Quaeritur 3. quomodo probanda sit *filiatio*? Resp. filiationis probationem esse duplicem, aliam videlicet veram, et aliam praesumptam. Vera, et certa tantum datur ex parte matris; *l. quia semper* 5. *ff. de in jus vocand.* ex parte patris filiatio probari potest praesumptive tantum. Ratio est, quia mater semper est certa, pater autem non item. Hinc adhiberi in subsidium debent conjecturae, et praesumptiones. Istae autem ex variis indiciis, et causis nascuntur: de quibus passim DD. praesertim Abb. *in c. per tuas* 10. *h. tit. a n.* 1. Felin. *ibid. a n.* 1. Vivian. *in ration.* Menoch. *de arbitr. cas.* 89. Mascard. *de probat. concl.* 788. *et seqq.* Layman *in c.* 10. *cit. a n.* 2. Gonzal. *a n.* 1. Henr. Canis. *n.* 1. *et seq.* Barbosa *n.* 1. *et seqq.* Pirhing *n.* 44. *et seqq.* Scambog. *num.* 12. Vviest. *n.* 60. *et seqq.* et novissime R. P. Schmier *proc. judic. c.* 7. *n.* 138. *et seqq.*

57

Et 1. quidem si quis natus sit ex uxore in domo mariti cum ea cohabitantis, et potentis generare; tunc enim filius ipsius esse praesumitur; *l. filium* 6. *ff. de his, qui sui, vel alien. jur. l. si viciniis* 9. *C. de nuptiis.* Estque praesumptio ista juris, et de jure ita, ut adversus eam non admittatur probatio: et *extenditur* 1. ut procedat, etiamsi constet matrem eodem tempore cum alio viro consuetudinem habuisse, adeoque adulterium commisisse; nam etiam eo casu filius talis praesumitur genitus ex legitimo marito potius, quam ex adultero: idque tum ob favorem matrimonii, tum quia universim in dubio benignior, et favorabilior praesumptio, et interpretatio est facienda; *cap. estote* 2. *de R. J.* Gonzal. *in c.* 10. *cit. n.* 3. Layman *ibidem num.* 2. Barbosa *n.* 3. Vviest. *n.* 60. Neque obstat, etsi filius ita natus praeferat similitudinem non mariti, sed adulteri; adhuc enim mariti esse creditur, quod similitudo ista non attendatur, et ex aliis causis oriri possit. *Extenditur* 2. etsi uxor habitarit extra domum mariti; nam si hic quandoque ad illam solebat accedere, praesumi debet pro legitima nativitate, cum fieri potuerit, ut is genitus fuerit ex marito; Pirhing *n.* 46. Scambog. *n.* 12. Vviestner. *n.* 63. et apud hunc Palaeot. *de noth. et spur. c.* 24. *n.* 1. Menoch. *l. cit. n.* 25. *Extenditur* 3. etsi mater dicat, se filium talem ex adulterio concepisse; quia adhuc standum est juri praesumenti ipsum esse legitimum, donec probetur contrarium: quod

non fit per assertionem matris; tum quia est testis singularis; tum quia deposuit de propria turpitudine, et propterea ei credendum non est. *Extenditur* 4. etiam ad natum ex concubina; nam qui domi eam habuit, praesumitur esse pater filii ex ea nati; Layman *in c.* 10. *cit. n.* 4. Barbosa *ibidem n.* 2. Ratio est, quia hoc favorabilius, et melius est filio, quam ut dicatur vulgo conceptus, atque incerto patre.

58

2. Siquis ab aliquo filius appellatus, ut filius habitus, educatus, et tractatus fuit; *c. per tuas* 10. *h. tit.* tunc enim constituitur in quasi possessione filiationis, ut vere filius praesumatur, et censeri debeat, donec contrarium probetur. Ratio est, quia ut *l. generaliter* 13. *C. de non num. pec.* imperator loquitur, *nimis indignum est, ut quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem ipsum casum infirmari, testimonioque proprio resistere* possit. Dixi autem, *siquis ab alio filius appellatus, ut filius habitus etc.* sola enim nominatio filii non probat aliquem esse filium, ut colligitur ex *cap. per tuas cit.* ubi ultra nominationem Innocentius alia admiuicula expendit: et ratio est, quia nominatio non concludit aliquem esse filium, sed multoties incidenter, et in alium finem plerumque potius blandiendi, quam veritatis inducendae gratia fieri solet. Hinc, ut ex nominatione probetur filiatio, alia adminicula debent concurrere; qualia sunt si aliquis nominetur filius eo modo, atque in eo actu, ut non nisi filio conveniat ea nuncupatio, uti est emancipatio, exhaeredatio etc. siquis in judicio confessus sit esse filium suum, vel extra illud data opera praesentem nominavit filium suum; si filium suum nominavit in istrumento publico, vel in privato diem nativitatis ejusdem filii anuotavit; si educavit, aluit, et tractavit ut filium etc. In his enim casibus nominatio magnam praesumptionem facit, et parit probationem saltem semiplenam, ita ut onus probandi rejiciatur in adversarium, et sic compellatus, et tractatus constituatur in quasi possessione filiationis, qua non privabitur, etsi postea pars altera etiam jurata, neget esse filium suum, ut patet ex *c. per tuas cit.* Ratio est, quia jus acquisitum in filio sine ejus facto ab eo auferri non potest; *l. id quod nostrum* 11. *ff. de R. J.* alioquin parentes facile possent et ad suum placitum, et pro libitu filios proprios a sua cura, et successione repellere, negando eos esse filios suos, addito juramento proprio, quod durissimum foret. *Excipitur* 1. nisi pater probabiliter probet, quod errore, deceptus eum pro filio suo habuerit; tunc enim detecto errore, ac veritate cessat praesumptio filiationis; *arg. cap. transmissae* 3. *qui fil. leg.* P. Vviestner *hic n.* 66. *Excipitur* 2. si filius, postquam ab eo, qui ipsum aliquot an-

nis filium nominavit, et ut talem tractavit, tanquam extraneus ejectus fuit, hujusmodi repudiationi acquievit, et in alterius domum se contulit, eique tanquam patri adhaeret; nam eo casu non tam ejicientis, quam suo facto possessionem filiationis perdidit, cum censeatur juri suo renuntiasse; Felin. *in c. per tuas cit. n.* 14. Palaeot. *de noth. et spur. c.* 25. *n.* 7. Menoch. *de arbitr. cas.* 89. *n.* 75. Vviestner *hic n.* 66. *cit.*

59

3. Ex communi fama, et opinione, praesertim domesticorum, consanguineorum, ac vicinorum, testantium, quod talis communiter sit nominatus, habitus, et tractatus ut filius. Et quidem si hujusmodi fama aliis adminiculis, puta filii nominatione, unius testimonio etc. corroborata sit, certum est per eam plene filiationem probari; quia fama ita corroborata vim probandi plene habet etiam in aliis causis civilibus. An vero etiam plene probet filiationem, si adminicula ista non accedant, controvertitur inter DD. Affirmat Ant. de Butrio *in cap. transmissae citat.* Palaeot. *cap.* 23. *n.* 2. Menoch. *casu citat. num.* 85. et alii apud istum. Moventur 1. verbis *cap. per tuas citat.* ibi: *Filius ejus nominatus communiter fuit*, ubi vox *communiter* videtur vindicare famam communem. Cum igitur pontifex in eo textu deciderit patris contrarium deponentis juramento illo casu standum non esse, dicendum erit, per hujusmodi famam plene probari filiationem; 2. *capit. transmissae citat.* ubi vicinae fama in filiationis probatione ab Alexandro III. rejecta est propter contrariam viri, et mulieris negationem; igitur per argumentum a sensu contrario, negatione illa seclusa, filiatio per famam legitime fuisset probata; 3. *l. si mater* 6. *ne de stat. defunct.* ubi famae, seu communi opinioni adstruitur vis aliquem constituendi in quasi possessione ingenuitatis. Igitur constituere etiam poterit in quasi possessione filiationis. Sed dicendum, famam ejusmodi, si aliis adminiculis suffulta non sit, non habere majorem vim probandi, quam semiplenam; Abb. *in c. transmissae cit. n.* 10. Felin. *in c. per tuas cit. n.* 15. Decius *ibid. num.* 8. Gonzalez *n.* 14. Vviestner *hic n.* 69. Ratio est, quia fama de jure rei fidem solummodo confirmat; *leg. testium* 3. *§. ejusdem* 2. *ff. de testib.* igitur sola fidem plenam non facit. Accedit, quia vis plene probandi filiationem nullo jure famae concessa est. Vide dicta *supra n.* 22. *et tribus seqq.* Neque contrarium probant argumenta adversae sententiae. *Ad* 1. verba illa *filius communiter nominatus fuit*, non ad vicinam, sed ad concubinarios, virum, et mulierem, referri debent, ita, ut sensus sit, eum, de cujus filiatione agebatur, communiter, h. e. ab ambobus ita nominatum, et pro tali habitum fuisse. *Ad* 2. si fama sola vim habet

probandi plene; in causa *c. cit.* debuisset praevalere inficiationi viri et mulieris, factae in causa liberorum: quod tamen noluit *loc. cit.* pontifex. *Ad* 3. in casu *l. si mater cit.* quasi possessionem ingenuitatis non induxit fama sola, sed conjuncta cum quinquennii praescriptione, de qua *toto titulo illo* agitur.

60

4. Ex civitatis, vel oppidi actis, si in his, quinam prolium in lucem editarum parentes sint, ab officiali publico adnotetur; ex libris parochialibus, in quibus scribuntur, atque notantur nomina, parentes, patrini baptizatorum; ex annotationibus ipsorum parentum, in quibus isti scripserunt diem nativitatis suarum prolium; ex aliis instrumentis antiquis, quamvis verba enuntiative duntaxat concepta sint etc. Barbosa *in c.* 10. *cit. n.* 4. Gonzal. *ibid. n.* 14. *in fin.* Pirhing *n.* 48. *circa fin.* Vviestner *n.* 70.

Quocunque ex his modis probata sit filiatio, eam vim probatio ista habet, ut is, qui probatus sic est esse filius alicujus, contrahere nequeat matrimonium cum consanguineis sic probati patris, ut patet ex *c.* 10. *cit. in fin.* et habet glossa *fin. ibid.* Henr. Canis. *n.* 4. Layman *n.* 1. Pirhing *n.* 44. idque ob morale periculum incestus.

61

Quaeritur 4. an, a quo, et quomodo probanda sit aetas? Resp. distinguendum inter tres praecipue casus. *Primus est*, quo aetas certa ab agente allegatur ad fundandam intentionem suam, ut si petens admitti ad professionem religiosam, dicat se jam complevisse annum aetatis decimum sextum; si suscepturus sacerdotium asserat, se annum vigesimum quintum jam attigisse; si implorans beneficium restitutionis in integrum, affirmet se adhuc minorem esse etc. *Secundus*, quo aetas allegatur ad impediendam promotionem, seu admissionem alterius ad officium, beneficium, ordinem etc. e. g. si Titio, quem procuratorem suum in judicio constituit Cajus, pars adversa opponat, quod 25. annis minor sit; si Maevio, in episcopum eligendo unus ex capitularibus opponat, eum non implevisse annum aetatis trigesimum etc. *Tertius*, quo aetas allegatur ad impugnandum actum jam perfectum, ut si ad impugnandam collationem beneficii curati adversarius dicat, eum, cui collatio illius facta est, annum 25. aetatis nondum inchoasse, vel ad impugnandam electionem episcopi jam factam praetendat electum habere defectum aetatis jure requisitae etc.

62

In quolibet horum casuum aetas, vel defectus aetatis requisitae probari debet ab eo, qui intentionem suam fundat in aetate, vel defectu aetatis asserto, prout patet ex *capit. in prasentia hoc titul.*

sed cum discrimine ; nam *in primo casu* debet probare aetatem requisitam is , qui intentionem suam in ea fundat ; et ratio est, quia etsi ista alias sit qualitas naturalis , cum tamen in continuo progressu sit , et cursu temporis semper varietur , ideo jus eandem non praesumit. *In secundo casu* non a promovendo , vel admittendo aetas , sed ab adversario defectus aetatis probandus est ob generalem regulam , quod excipiens probare debeat exceptionem suam. Atqui is , qui ad impediendam promotionem , electionem etc. allegat defectum requisitae aetatis , hac pro exceptione utitur , et in ea se fundat : ergo etc. *Neque obstat* , quod exceptio haec, qua opponens dicit , promovendum non esse constitutum in aetate requisita, videatur esse negativa , et cons. probari non debeat ; est enim negativa praegnans , quia implicite affirmat hunc , qui aspirat ad officium , esse in aetate minori , cons. probari potest et debet. *Excipitur* , quando ex promotione alicujus , qui aetatis requisitae defectum habet , sequeretur dispendium animarum propter actus nullitatem; nam tunc ad istud avertendum teneretur promovendus aetatis defectum aperire. *In tertio casu* aetatem , vel defectum aetatis probare debet ille , qui actum jam perfectum impugnat ; quia praesumptio juris est actum antecedentem rite , et recte celebratum esse. Accedit , quia principium generale est , quod quisque probare debeat id , in quo fundat intentionem suam.

63

Probari autem aetas potest, 1. testimonio ipsorummet parentum, propinquorum , domesticorum , quibus ea , quae domi contigere , notoria sunt , quam extraneis , 2. Per librum parochi , in quo inscribi solent infantes baptizati , 3. Per depositionem obstetricum , quae interfuere partui , vel patrinorum, qui susceperunt infantem ex baptismo etc. 4. Per alia indicia , et conjecturas sumptas ex habitu corporis etc. Mascard. *conclus* 668. *et seqq.* Menoch. *l.* 2. *praesumpt.* 51. Antonell. *tr. de temp. legal. l.* 2. *c.* 13. *per tot.*

64

Quaeritur 5. quid judicandum casu , quo mulier tam juramento proprio , quam testimonio plurium mulierum , ex aspectu corporis testificantium eam esse virginem , se virginem dicit ; vir autem per juramentum asseverat eam se cognovisse ? Casus hic ponitur *c. proposuisti* 4. *hoc tit. Videtur* judicandum pro viro ; quia *can. siquis* 3. *caus.* 33. *q. et c. continebatur* 6. *de despons. impub.* dicitur, si vir dixerit , quod uxorem suam cognoverit , idque juramento firmaverit , et mulier id negaverit (etiam cum juramento) pro viri standum juramento esse , quod vir sit caput mulieris, et hinc magis ipsi credendum sit , quam mulieri. Accedit , quia fallaces sunt in-

spectiones omnes, ut propterea virginitatis judicium difficile, ac impossibile judicetur. Neque confirmat hoc juramentum mulieris; quia mulier, dum novas nuptias appetit, facile pejerat; *l. ambiguitates* 2. *C. de indict. viduit.*

65

Sed his non obstantibus, decidendum pro uxore. Ita factum *c. proposuisti cit.* et docent Vivian. *ibid. in rational.* Henr. Canis. *n.* 1. *et* 2. Layman *n.* 2. Barbosa *n.* 1. Vvagnerck *in exeges.* Pirhing *hic n.* 39. Sannig. *c.* 4. *n.* 5. Ratio est, quia in concursu probationum sibi contrariarum semper plenior praevalet; *c. licet* 9. *hoc tit. c. in nostra* 32. *de testib. l. ob carmen* 21. §. *fin. ff. eod.* sed in casu *cap. proposuisti citat.* probatio mulieris plenior fuit, cum praeter juramentum a se depositum assertionem suam firmarit testimonio septem matronarum, quarum judicio, cum peritae in arte fuerint, plurimum deferendum fuit: ergo etc. Sed neque requiritur tantus numerus testium matronarum; nam sufficit, si pro virginitate deponant duae, vel tres mulieres, modo fuerint honestae, et artis peritae, ac testimonium juratae dicant, ut tradit glossa *in can. nec aliqua* 4. *V. obstetricum caus.* 27. *q.* 1. Henr. Canis. *in c. proposuisti cit. n.* 7. *et* 9. Barbosa *ibid. n.* 7. cum aliis.

66

Neque obstat ratio dubitandi allata; nam ea jura intelligenda sunt, quando contra viri juramentum proponitur depositio jurata uxoris tantum, non vero, quando huic suffragantur etiam alia testimonia; tunc enim plenior, ut dixi, est uxoris probatio, et cons. praeferenda juramento mariti. *Ad conf* etsi fallax sit inspectio obstetricum, tamen juncta tam harum, quam ipsius mulieris juramento parit fidem pleniorem, quam juramentum solius mariti, affirmantis se mulierem cognovisse: unde illi potius, quam huic deferendum est, ita tamen, ut admittatur probatio in contrarium, quod fieri potest per inspectionem ab aliis mulieribus aeque peritis faciendam.

TITULUS XX.

De testibus, et attestationibus.

Post tractationem de probationibus in genere descendendum ad harum species. Inter istas prima, et usitatissima occurrit, quae desumitur ex testimonio, et depositione testium, cumque viva istorum voce fiat, prae aliis excellentiorem, et efficaciorem probandi modum continet. Hinc ante alias probationum species hic de testibus, et attestationibus agitur.

§. I.

De Natura, et qualitate testium.

SUMMARIUM

1 *Definitio, et varietas testium.*
2 *Admittuntur testes omnes, qui jure non prohibentur.*
3 4 *Jure naturali prohibentur infantes etc.*
5 6 *Jure positivo removentur primo impuberes.*
7 8 *Secundo coeci, surdi, et muti cum limitatione.*
9 10 11 *Tertio servi proprie dicti.*
12 13 *Quarto corrupti pecunia pro dicendo testimonio.*
14 *Qui etiam datorum non acquirunt dominium.*
15 *Nisi pro expensis itineris etc. data sint.*
16 *Sexto infames.*
17 *Cum exceptione.*
18 19 *Septimo criminosi.*
20 *Casus excepti.*
21 22 23 *Octavo accusati, et incarcerati ob crimen grave, et infamiam irrogans.*
24 25. *Nono perjuri.*
26 *Decimo excommunicati.*
27 *Testimonium tamen ipsorum valet.*
28 *Undecimo personae viles.*

1

Quaeritur 1. quidnam sint *testes*, et quid eorum *attestationes*? Resp. Sunt *personae, quae de re, aut de facto aliquo dubio, et controverso legitime evocatae testimonium dicunt*; vel generalius: *quae ad fidem alicujus rei faciendam adhibentur. Attestationes* vero sunt *ipsorum testium depositiones, seu asseverationes super facto aliquo.* Testium alii sunt *judiciales*, qui in judicio; alii *instrumentarii*, qui in instrumento, alii *testamentarii*, qui in testamento adhibentur. In hoc titulo potissimum agitur de testibus judicialibus. De his *c. placuit* 1. *h. tit.* decernitur, ut sint *idonei, fideles*, et *jejuni.*

Dicitur 1. *idonei*, i. e. qui non prohibentur testificari. Et hi non unius sunt generis; nam aliqui ex his dicuntur omni exceptione majores, qui videlicet nulla legitima exceptione a testimonio deponendo repelli possint; aliis minorem fidem merentur, quia tamen eorum defectus alii adminiculis suppleri potest, in certis casibus etiam ipsi permittuntur testificari.

Dicitur 2. *fideles:* qua voce quidam interpretes putant excludi infideles, judaeos haereticos etc. sed melius apud Gonzal. *in c. placuit cit. n.* 2. et alios idem sonat, quod *fide digni.* Consonat huic interpretationi expositio Gratiani, qui ubi in decretalibus *l. cit.* habetur *fideles*, ipse *can. placuit* 2. *caus.* 4. *q.* 3. in suo decreto posuit *fideliores.*

Dicitur 3. *jejuni* : hoc autem solum est de honestate, et decentia ob reverentiam juramenti, sine quo testimonium non deponitur ; non autem de necessitate, vel praecepto, ut notat glos. *fin. in cap. placuit cit.* Decius *ibid. n.* 7. *et* 8. Vivian. *in ration. vers. nullus* , Henr. Can. *n.* 11. Laym. *n.* 6. Gonz. *n.* 3. Vvagn. *vers. nisi jejunus*, Pirh. *hic n.* 3. Quodsi olim praeceptum fuit, ut testes non nisi jejuni testimonium dicerent, id vel in particularibus tantum locis, ubi talis consuetudo vigebat, obligavit, vel per desuetudinem jam abrogatum est, ut bene advertit Barb. *in c. placuit cit. n.* 4.

2

Porro non prohibiti testificari censetur omnes, de quibus contrarium non probatur; quia edictum de testibus prohibitorium est; Abb. *in c.* 1. *cit. n.* 1. Lanfranc. *de test. n.* 55. Farin. *prax. crim. q.* 53. *n.* 1. et alii apud istos: cons. ad testificandum habiles generaliter denotantur omnes, qui specialiter non prohibentur. Neque opus est, ut quis idoneum esse probet, sed si in testem producatur , admitti debet, donec probetur, quod careat aliqua qualitate, quae vel jure naturali vel positivo in teste requiritur.

Jure naturali, ut quis testis esse possit, plus non requiritur , quam ut is sit capax rationis. Ea, quae jure positivo in testibus requiruntur , gloss. *in c. in nomine* 2. *V. vilissimi h. tit.* comprehendit his versibus:

Conditio, sexus, aetas, discretio, fama,
Et fortuna, fides, in testibus ista requires.

Ex horum requisitorum defectu testimonium ferre prohibentur aliqui *absolute* , alii solum *secundum quid.* Qui *secundum quid* prohibentur, multiplicis generis sunt ; nam aliqui ex iis prohibentur testimonium ferre pro certis personis, alii contra certas personas, non-

nulli in certis causis. Hinc multiplex oritur dubium; nam ante omnia.

3

Quaeritur 2. quinam jure naturali arceantur a munere testificandi? Resp. Hoc jure a testificandi munere arcentur *furiosi*; quia mente i. e. ratione carent; §. *item furiosi instit. quib. non est permiss. testam. fac. l. in negotiis* 5. *ff. de R. J. Excipitur,* si lucida intervalla habeant; talis enim de iis, quae vidit, vel audivit etc. tempore lucidi intervalli, testificari tempore lucidi intervalli potest; *arg. l. furiosum* 9. *C. qui testam. facer. poss.*

Dixi, *testificari tempore lucidi intervalli potest*; non enim sufficit, quod viderit ea ante furorem, sed etiam, et multo magis requiritur, ut tempore, quo testificatur, sit capax rationis. Et ratio est, quia spectatur tempus depositionis, quo tempore, cum judicio careant furiosi, quidquid dicunt, prorsus ignorant; Mascard. *de probat. vol.* 2. *concl.* 829. *n.* 7. Farin. *prax. crim. q.* 61 *n.* 1. *et seq.* Pirh. *hic num.* 5. Vviest. *n.* 3.

4

Sed neque satis est, si ad se furiosus redierit; nam licet sui sit compos factus, adhuc tamen deponere non potest de iis, quae tempore furoris contigerunt, sed requiritur, ut utroque tempore fuerit sui compos, ut bene advertit Farin. *l. cit. n.* 14. Haun. *to.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 264. Pirh. *l. cit.* cum aliis. *Neque obstat*, quod, ut infra dicam, pubes factus testificari possit de eo, quod vidit in pupillari aetate; nam hic non caret usu rationis, et habet integerrimos sensus, memoriam vivacissimam; non ita qui furore, aut amentia agitur, quippe cum hujus generis homines habeant phantasiam adeo corruptam, ut putent se coram intueri, quae nuspiam fiunt in rerum natura. Itaque ad judicem spectabit, ut ex qualitate, et effectibus furoris arbitretur, quantum fidei possit adhiberi hujusmodi testi: si omnibus consideratis, dubium sit, teste Farin. *l. cit. n.* 15. praesumere potest datum tempore sanae mentis.

Quod de furioso dictum, extenditur ad mente captos, infantes, ebrios, et alios usu rationis destitutos, ob rationis paritatem. Dixi *ebrios*, intellige, penitus ebrios; nam quamvis judex curare debeat, ut testes sint sobrii, nec semiebrii, hi tamen absolute a testimonio dicendo non repelluntur; quia jure naturali, ut *n. praec.* dictum est, plus non requiritur, quam ut is sit capax rationis.

5

Quaeritur 3. quinam *simpliciter* prohibeantur testes esse in judicio? Resp. harum esse quatuor genera ex quatuor diversis capitibus.

Et 1. quidem est *defectus aetatis*: ob quem generaliter, et absolute in quibuscumque causis tam civilibus, quam criminalibus ad testimonium dicendum inhabiles sunt impuberes, prout habetur *can. si testes* 3. §. *lege Julia caus.* 4. *q.* 3. *l. test.* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. h. tit. l. inviti* 19. *in fin. ff. eod.* et notat *ibid.* glos. *V. sed nec pupillis* Hiltr. *proces. jud. p.* 3. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 3. Vvesen. *ff. h. tit. n.* 3. Henr. Canis. *in c.* 2. *tit. eod. n.* 14. Vvagn. *ibid. V. vilissimi*, Vallens. §. 2. *n.* 1. Zoes. *n.* 7. Pirh. *n.* 4. *et* 5. Engl. *n.* 13. Konig *n.* 3. Vviest. *n.* 3. Ratio est, quia impubes non videtur illius esse maturitatis, ut sufficienter judicet de gravitate perjurii, et ob animi levitatem facile corrumperetur.

6

Excipitur tamen 1. crimen laesae majestatis, in quo ad testificandum admittuntur etiam minores 14. annis; quia ibi nemo eximitur; *l. nemo* 4. *fin. C.* ad *l. jul. majest.* Accedit, quia in eo crimine minor 14. annis etiam torqueri potest; *l. de minore* 10. §. *sed omnes* 1. *ff. de quaest.* sed minus est testificari. Igitur etiam admittetur illius testimonium.

7

Excipitur 2. si consuetudo sic habeat: sic passim invaluit, ut impuberes in causis criminalibus examinentur, et nihil frequentius est, quam homicidia, et hujusmodi delicta per pueros detegi. Ubi tamen adverto, depositionem impuberis, nisi aliis adminiculis, et praesumptionibus adjuvetur, non facere semiplenam probationem, sed tantum indicium ad indagandam veritatem, et ex dicto impuberis tantum neminem torqueri posse, ut bene notat glos. *V. sed nec pupillis cit.* Farin *prax. crim. q.* 58. *n.* 44. *et seq.* Pirh. *hic n.* 4. et alii communiter.

Excipitur 3. si impuberes facti sint puberes; tum enim admitti ad testificandum possunt de iis, quae viderunt in pupillari aetate, modo ea, super quibus recipitur eorum testimonium, sint ejus naturae, ut cadant sub sensum, et intellectum impuberis, et facta sint tempore, quo jam erat pubertati proximus; Farin. *q.* 58. *cit. n.* 58. Hiltr. *c.* 2. *cit. n.* 23. Henr. Canis. *in c.* 2. *h. tit. n.* 15. Vall. §. 2. *n.* 2. Pirh. *n.* 4. *cit.* Ratio est quia non prohibentur: ergo admittuntur. Intelligi autem istud debet solum in iis rebus, in quibus testes puberes requiruntur a jure solum ad probationem actus; nam si requirantur ad solemnitatem, et substantiam, sicut in testamento solemni, impuberum testimonium, etsi deinde facti sint puberes, non recipitur, ut bene monet Konig. *hic n.* 4. et constat ex §. *testes* 6. *inst. de testam. ord.*

2. *Vitium corporis*: ob hoc a testimonio ferendo regulariter arcentur caeci, surdi, et muti; Farin. *prax. crim. q.* 61. *oppos.* 10. *et* 11. Hiltr. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 3. Vvesen. *ff. h. tit. n.* 3. Haun. *t.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 267. *et* 268. *hic n.* 6. *et* 7. Kon. *n.* 5. Sanig. *c.* 2. *n.* 4. Ratio *de caecis* est, quia solus auditus in testibus regulariter non sufficit, sed praesentia, et visus requiritur; *can. testes* 15. *caus.* 3. *q.* 9. *c. cum caus.* 37. *h. tit. l. test.* 18. *C. eod.* sed qui non vident, praesentes non dicuntur; *l. coram Titio* 209. *ff. de V. S. l. quanquam* 1. *in fin. et ibi* Bartol. *ff. de author. et consens. tutor.* ergo, qui non vident, testes esse non possunt. De *surdis, et mutis* ratio est, tum quia animi sui sensa satis exprimere non possunt, tum quia testis viva voce deponere, ejusque dicta a judice audiri per se debent.

8

Dixi autem *regulariter;* nam 1. certum est, quod caeci testari possint de iis, quae viderunt, antequam oculis caperentur; Mascard. *de probat. concl.* 278. *n.* 9. Farin. *q.* 61. *cit. n.* 32. Vall. *hic* §. 2. *n.* 5. Haun. *n.* 267. *cit.* Pirh. *n.* 6. Ratio est, quia plerumque caeci melius meminerunt praeteritarum rerum, quam qui identidem visum circa alia occupant, et prioribus speciebus memorativis innumeras alias superinducunt. 2. Pariter caecus testificari potest de iis, quae audiit tempore caecitatis; sed ibi judex diligenter exploret, an non deceptus sit caecus testimonium deponens, cum non sit difficile vocem alienam, imitari; Mascard. *n.* 15. *et* 16. Farin. *n.* 27. *et seq.* 3. In *surdo, et muto* distinguendum est: vel enim aliquis est surdus, et mutus simul, vel tantum surdus, aut tantum mutus. *Si tantum surdus*, testimonium dicere de illis potest, quae visu percepit, modo ex scriptura cognoscat, quid judex interroget. *Si mutus tantum,* testis esse de visu, et auditu potest, modo sciat scribere, aut àliis certis, et indubitatis signis, seu nutibus cogitationes suas explicare; *arg. l. servo* 65. §. *si pupillo* 3. *ff. ad S. C. trebell.* ibi: *interrogati nutu possint significare*; Farin. *n.* 46. Haun. *n.* 268. et alii *supra cit.* idem dicendum *de surdo, et muto simul. Neque obstat,* quod alias in scriptis, nec per nutus, sed viva voce testes deponere debeant; nam hoc solum probat hos testes non interrogandos, quando veritas aliter haberi potest.

9

3. *Defectus status*: Ob hunc a testimonio dicendo prohibentur servi proprie dicti, quamdiu servi sunt, et ut tales habentur, si aliae probationes suppetant; Henr. Canis. *in c.* 2. *h. tit. n.* 8. *et in summ. eodem* §. 3. Vall. *hic* §. 2. *n.* 4. Vvagnereck *in c.* 2. *cit. V. vilissimi*, Zoes. *n.* 7. Pirh. *n.* 8. Haun. *n.* 269. Engl. *n.* 10. Konig *n.* 6. Vviest. *n.* 4. et constat ex *c. forus* 10. *de V. S. l. servi* 7.

ff. et l. quoniam liberi 11. *C. hoc tit.* Ratio est, quia servi de jure civili censentur mortui, ac proinde ab omnibus officiis, et oneribus, removentur; *l. quod attinet* 32. *et l. servitutem* 200. *ff. de R. J.* Hinc testimonium servi ipso jure nullum est, potestque, parte etiam non opponente, judicis officio repelli, ut recte monet Farin. *q.* 55. *n.* 166. Accedit, quia, ut *c. forus. cit.* dicitur *saepe servus metu dominantis testimonium supprimit veritatis*, ut adeo non sine ratione jus testimonium servi rejiciat.

10

Dixi 1. *servi proprie dicti*; nam coloni originarii, et adscriptitii, de quibus mentio fit *c. multorum* 2. *de judaeis, et l. definimus* 13. *C. de agricol. et censit.* item proprii homines, vulgo *dic leibeigne*, etsi cum servis quandam similitudinem gerere videantur, reipsa tamen servi non sunt, sed liberi homines, ideoque a legitimis actibus, et cons. etiam a testimonio ferendo non repelluntur; gloss. *in c.* 2. *cit. V. sint liberi,* Laym. *l.* 5. *theol. mor. tr.* 10. *p.* 4. *c.* 2. *n.* 5. Pirh. *hic n.* 8. multo minus constitutio excludens servos, extendenda est ad religiosos; nam etsi alias isti in multis aequiparentur servis, in hoc tamen non aequiparantur: poterunt igitur cum licentia, et consensu sui superioris testimonium dicere, ut clare habetur *c. veritatis* 8. *de dol. et contum. c. tuis* 39. *c. cum nuper* 51. *hoc tit. et notat.* Abb. *in cap.* 12. *eodem n.* 4. Mascard. *concl.* 260. *n.* 13. Farin. *q.* 61. *n.* 124. Pirh. *hic n.* 9. Engl. *n.* 11. Konig *n.* 6. Vviest. *n.* 4. Ratio est, quia, ut *supra* 2. dixi, testimonium dicere est juris probibitorii, et omnibus, qui rationis sunt compotes, jure naturali concessum, quibus non est specialiter jure prohibitum. Nullus autem textus est in jure, in quo id religiosis reperiatur prohibitum: ergo etc. *Neque obstat,* quod religiosi a negotiis forensibus expresse removeantur; *cap. ex parte* 2. *de postuland.* nam in hoc textu fere solum est sermo, ne agant procuratores, et advocatos, nisi id exposcat monasterii utilitas, et superiores permittant.

11

Dixi 2. *quamdiu servi sunt, et habentur ut tales*; nam servus liber factus deponere potest non tantum super iis, quae vidit, vel audivit, postquam liber factus est, sed etiam super iis, quae vidit in servitute, ut supra dixi de impubere *n.* 6. Ratio est, quia non prohibetur amplius, remota servitute. Similiter valet testimonium servi, si communiter habeatur pro libero; Farin. *q.* 55. *n.* 169.

Dixi 3. *si aliae probationes suppetant*; nam in defectu aliarum probationum etiam servi admittuntur ad testificandum: sed eo casu servi depositio vocatur a jure non *testimonium*, sed *responsum* in contemptum conditionis servilis, ut indicatur *l. servi* 7. *ff. hoc tit.*

similiter admittuntur servi ad testimonium dicendum in criminibus exceptis; nam in his, ut *infra* dicam, admittuntur testes alias inhabiles ad testificandum; Farin. *q.* 55. *cit. n.* 173.

4. *Fides, aut vita reprobata.* Sed hi, qui ex isto capite a testimonio dicendo arcentur, multiplicis iterum generis sunt. Hinc ulterius

12

Quaeritur 4. quinam ob fidem, aut vitam reprobatam repellantur a testimonio dicendo in judicio? Resp. 1. ex hoc capite prohibentur testificari, qui *pecunia corrupti*, vel *conducti sunt pro dicendo testimonio*; Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 77. Farin. *q.* 67. *n.* 236. *et seq.* Vvesenb. *ff. hoc tit. n.* 3. Vivian. *in c. placuit* 1: *vers. pretio hic* Henr. Canis. *ibid. n.* 3. Gonzal. *n.* 4. Barb. *n.* 1. Zoes. *n.* 43. Pirh. *n.* 10. Konig *n.* 8. et constat ex *c. placuit cit. l. testium* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. eod.* Ratio est, quia per corruptionem violatur integritas, et veritas, quae in judicio necessaria est, siquidem testis, qui pretium accepit pro testimonio dicendo, non tam libere testificatur, nec praesumitur dicere veritatem, eo quod munera excaecant prudentes, et subvertunt verba justorum, ne veritatem intelligant; *deut.* 16. *vers.* 19. Accedit, quod hujusmodi testes, qui pretium pro dicendo testimonio sive vero, sive falso recipiunt, perjuri fiant, cum ante juraverint, quod nec pretio, nec timore, nec odio, aut pro aliquo commodo testimonium dicant, ut habetur in forma juramenti testis, et notat gloss. *in cap.* 17. *V. juramentis hoc tit.*

13

Et hoc adeo verum est, ut siquis probatus fuerit pro testimonio dicendo pecuniam accepisse, testimonium ejusdem non valeat, sed vel a parte adversa, vel officio judicis rejici possit, tanquam valde suspectum de falsitate: imo ejusmodi conducti testes, tanquam valde suspecti, super falsi crimine torqueri possunt, quamvis non constet de falsa depositione. Ubi tamen notandum discrimen est inter testem deponentem falsum, et testem pecunia corruptum; nam testis deponens falsum tenetur lege Cornelia de falsis, testis autem pecunia corruptus, nisi convincatur de falsa depositione, ea lege, et poena per illam sancita non afficitur; quia hae solum puniuntur, qui mendacium dixit, et veritatem in judicio occultavit, ut habetur *c. falsidicus* 1. *de crim. fals.* et aliis *cit.* advertit Layman. *in c.* 1. *h. tit. n.* 2. Hinc si persistat in tortura, et nihil fateatur, non ordinaria poena falsi, sed arbitraria a judice puniri debet, quod contra jus pro ferendo testimonio pecuniam acceperit.

14

An autem istam accipiens acquirat ejus dominium, dubium moveri potest. Et videtur universaliter tenenda affirmativa; nam etiam

advocatus potest accipere pecuniam, seu pretium ab illo, cujus causam defendit. Sed distinguendum est, an pecuniam acceperit pro vero, an pro falso testimonio. *Si hoc secundum,* quamvis ita paciscendo, et falsum dicendo gravissime peccet, pecuniae tamen pro falso testimonio acceptae fit dominus, eo modo, quo quivis alius datorum ob turpem causam. *Si primum,* eam danti restituere debet; quia ad testimonium verum dicendum quilibet civis ex justitia, et ipso gentium jure obstrictus est, si magistratus legitime interroget, et testimonium proferre jubeat. Atqui, quod ex justitia debitum est, non potest pretio vendi: ergo etc. *Neque obstat* ratio dubitandi allata in contrarium; nam advocati patrocinium continet hominis ministerium, quod est pretio aestimabile, cum sit actus scientiae acquisitae, quem non tenetur omnibus ex justitia impendere: at testem in testificando verum dicere necessarium est, et ad hoc ex justitia obligatur.

15

Intelligendum autem hoc est de casu, quo aliquid testis accipit pro testimonio dicendo; secus enim si accipiat aliquid pro expensis factis in itinere, item pro lucro, quod ipsi cessat, dum a labore, et operis suis impeditur interea: nam haec jure petuntur, et praestari debent, et quidem sumptus itineris statim, ut testes habeant, quo iter ingressi alantur, quod indicatur *l. quoniam* 11. *C. h. tit.* et apertius declaratur *l. eos qui* 6. §. *siquis* 2. *de appell. et consult.* ubi dicitur testibus vocatis sumptus praestari itineris faciendi causa. Et fundatur exceptio haec in jure naturali; nam officium suum nemini debet esse damnosum, et propriis stipendiis nemo militare tenetur. Accedit, quia jura solum irritum, et nullum declarant testimonium, quod deponitur ab eo, qui ad hoc ferendum conductus est pretio. Atqui is, qui sumptus necessarios pro itinere accepit, per hoc non accipit pretium pro testimonio, sed resarcitionem damni, quod in gratiam alterius patitur; ergo etc. Ob eandem rationem in foro conscientiae tutus est, neque tenetur restituere, cui is, in cujus gratia testimonium fertur, donandi animo aliquid dedit. In foro externo tamen turpis censebitur, et poenae obnoxius; quia praesumptio contra ipsum militat, nisi ostendat dationem, et promissionem sibi factam esse, postquam jam deposuit testimonium: tunc enim, cum nullum subsit periculum, non punitur, neque censetur corruptus; Menoch. *de arbitr. cas.* 310. *n.* 11. Farin. *q.* 67. *n.* 277.

16

2. *Infames.* Proceditque hoc tam de infamibus infamia juris, quam de infamibus infamia facti: inter quos tamen triplex intercedit discrimen. 1. Infames infamia juris de utroque jure repelluntur

a testimonio dicendo; *can. nulli* 11. *caus.* 3. *q.* 4. *cap. licet* 47. *et c. testimonium* 54. *hoc tit. l. testium* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. eod.* Infames autem infamia facti de jure canonico quidem absolute, *can. statuimus* 9. *caus.* 3. *q.* 5. *et can. infames* 17. *caus.* 6. *q.* 1. de jure civili autem solum in causis criminalibus, et civilibus arduis; Felin. *in cap. testimonium cit. num.* 12. Farin. *q.* 56. *n.* 107. *et* 115. Pirh. *hic n.* 18. 2. Infamis infamia facti tantum, si emendatus sit, admittitur ad testificandum saltem in causa civili, infamis infamia juris etiam emendatus per poenitentiam, quamdiu haec infamia non tollitur per dispensationem principis, cujus authoritate irrogata est, inhabilis manet. Ratio est, quia ut bene notat Pirh. *n.* 22. infamia juris habet rationem poenae sententialis, quae a magistratu legitimo in perpetuum illata est: ergo tolli non potest, nisi ab eodem magistratu, cum ejusdem sit ligare, et solvere, poenam imponere, et relaxare: e contrario infamia facti oritur ex solo crimine, aut vita criminosa; ergo ea deposita, vel emendata, etiam ipsa cessare debet. 3. Testimonium depositum ab infami infamia juris ipso jure nullum est; infames infamia facti tantum a judice ex officio, vel parte adversa per exceptionem repellantur, necesse est; alias testimonium illorum valebit, quamvis non faciant fidem plenam, quod non sint testes omni exceptione majores. Et hinc sequitur, quod testes infames infamia juris etiam in consortio cum aliis testibus fide dignis nihil probent; testis autem infamis infamia facti licet seorsim fidem ne quidem semiplenam faciat, in causis tamen, quae non requirunt meros testes integros, una cum alio teste omni exceptione majore possit facere plenam fidem, ut bene notat Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 256.

17

Excipiuntur tamen complures casus, in quibus etiam infamia juris infames admittuntur ad testificandum. Et hoc 1. fit in criminibus enormibus, et exceptis, ut laesae majestatis, haeresis, simoniae etc. Farin. *q.* 56. *cit. n.* 70. Gonzal. *in cap.* 54. *hoc tit. n.* 10. Haun. *l. cit. n.* 254. Pirh. *hic n.* 17. 2. Si veritas aliter haberi, vel per alios testes cognosci nequeat; tunc enim testimonium illorum recipitur, sed non sine tortura, nisi deponant contra valde diffamatum; Farin. *n.* 50. *et seqq.* Haunc. *n.* 253. cum reliquis *supra.* 3. Si infamia sit occulta; quia ad hoc, ut repellatur, non solum requiritur, ut sit infamis, sed etiam ut pro tali tempore depositionis sit habitus, et reputatus; Farin. *n.* 86. 4. Si restitutus sit famae a papa, vel principe; *arg. l. testium citat.* §. *lege Julia*, ibi: *qui eorum in integrum restitutus non erit.* Igitur a contrario sensu restitutus ad testimonium admitti debebit; gloss. *ibid. V. eorum*, Fa-

rin *n.* 79. *et seqq.* Gonzal. *l. cit. n.* 16. Pirh. *n.* 17. *cit.* In his casibus quantum fidei depositionibus illorum haberi debeat, arbitrium penes judicem est. Plerumque, cum actu infames admittuntur, testimonia ipsorum non sunt integrae fidei, nec omni exceptione majora: estque hoc verum etiam accedente tortura; quia haec infamiam non purgat quoad effectum plenae probationis, sed tantum quoad indicium; Farin. *n.* 77. *fin.*

18

3. *Criminosus*, cui grave crimen ab adversa parte objicitur, et probatur in judicio. Proceditque hoc de jure canonico tam in causa civili, quam in criminali, etsi antea de eo nec convictus, nec confessus, vel condemnatus sit, atque tamdiu, quamdiu in crimine perseverat. Ita gloss. *in c. super eo* 13. *V. confessi h. tit.* Abb. *ibid. n.* 3. Felin. *n.* 3. Gonz. *in c. testimonium* 54. *eod. n.* 6. Farin. *q.* 56. *cit. n.* 128. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 246. Pirh. *hic n.* 19. et patet ex *can. statuimus* 9. *caus.* 3. *q.* 5. *cap. super eo* 12. *et c. testimonium* 54. *cit.* Ratio est, quia *non est credendum contra alias illis criminibus implicatos*, ut dicitur *can. neganda* 1. *caus.* 3. *q.* 11. *Neque obstat*, quod ejusmodi criminosus, etsi persistat in crimine, modo tale non sit, ut infamiam juris irroget, repelli nequeat a munere judicandi, vel eligendi; nam judici, et electori jus judicandi, et eligendi plene est acquisitum, quo privari non debent, nisi causa plene cognita, per depositionem, aut privationem judicis, vel superioris. Deinde majus periculum est in teste, quam in judice; nam a judice appellari potest, non vero a teste, et hinc potius testis ob crimen, quam judex repellitur. Denique elector prosequitur jus suum, et exequendo officium hoc nulli praejudicat; plurimum autem praejudicatur per testem parti, contra quam testificatur.

19

Dixi autem 1. *cui grave crimen objicitur*, i. e. accusatione, et damnatione dignissimum, qualia sunt homicidium, adulterium, incestus, furtum, sacrilegium; et alia, quae recensentur *can. statuimus cit.* non igitur sufficit quodvis crimen. Dixi 2. *quamdiu in crimine perseverat*; nam si emendatus sit, et crimen juris infamiam annexam non habeat, admitti debet in causa civili, et criminali saltem civiliter intentata; *c. testimonium cit.* Porro emendatio, cum sit mutatio vitae, non praesumitur, sed probari debet, si videlicet ostendatur non exiguo, sed triennali saltem tempore laudabilem vitam egisse, ut recte advertunt Farin. *q.* 56. *cit. n.* 140. Laym. *in c. super eo cit. n.* 2. Gonzal. *in c. testimonium cit. n.* 9. *hic* Pirh. *n.* 22. Dixi 3. *de jure canonico*; nam de jure cesareo criminosus non repellitur a ferendo testimonio in causa civili, nisi ratione cri-

minis contraxerit infamiam, vel quia haec illi ipso jure annexa est, vel quia ob crimen in judicio est condemnatus; *l. testium* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. h. tit.* Hinc si causa agatur ecclesiastica, vel civilis quidem, sed in terris pleno jure subjectis ecclesiae, observabitur jus canonicum, et universim testis criminosus non emendatus repellitur a testificando; in causa civili autem, si de hoc agatur in terris imperii, juxta jura caesarea admittetur testis criminosus non ipso jure, vel per sententiam infamis factus.

20

Sunt autem plures casus, in quibus criminosus, etiam non emendatus, ad testificandum admittitur. Et 1. quidem, si pars citata ad videndum testes, sciensque illorum crimina nihil opponat; nam tunc in earum personas tacite consentire, easque approbare censetur; Pirh. *hic n.* 25. Potest tamen eo casu judex, et debet ex officio ejusmodi testem repellere, ut notat Felin. *in c. testimonium cit. n.* 3. 2. In causis summariis; nam in his, quia levem solum aliquam, nec exacte semiplenam probationem requirunt, testium repulsio partibus non conceditur, ut ex communi docet Farinac. *prax. crim. quaest.* 62. *n.* 196. Menoch. *de arbitr. q.* 32. *n.* 11. Laym. *in c.* 13. *cit. n.* 4. Pirh. *n.* 25. 3. Si vocetur ad probandam innocentiam rei; nam ad hanc ostendendam admittendi sunt testes alias inhabiles, qui absolute non repelluntur, sed solum ob defectum fidei repelli possunt; Mascard. *de probat. concl.* 1366. *n.* 16. Farin. *q.* 56. *n.* 137. Laym. *l. cit. n.* 5. Pirh. *n.* 25. 4. Si alii testes haberi nequeant; tunc enim omnes hujusmodi criminosi admittuntur ad testimonium, ita tamen, ut non plenam, sed qualemqualem solum probationem faciant; Farin. *l. cit. n.* 161. Hinc judicis officium erit inspicere, quanta fides in his casibus hujusmodi testibus sit habenda.

21

4. *Accusatus* de crimine gravi, et infamiam irrogante (idem dic de incarcerato propter ejusmodi crimen) nam hic, dum pendet accusatio, de jure canonico non debet admitti ad testificandum in alia causa criminali, praeterquam in criminibus exceptis, ut constat ex *c. non debet* 56. *h. t.* et docet *ibidem* Vivian. *in ration.* Barbos. *n.* 1. *et* 2. Mascard. *concl.* 27. *n.* 1. *et seqq.* Farin. *q.* 56. *n.* 167. *hic n.* 27. Ratio est, quia, dum accusatio pendet, et innocentia ostensa non est, censetur gravata existimatio accusati de crimine, ideoque in causis criminalibus, in quibus testes debent esse sine omni exceptione, et nota infamiae, testimonium ejus non admittitur.

22

Extenditur hoc 1. etiam ad eum, contra quem fit inquisitio in tali crimine ex officio judicis; Pirh. *n.* 28. Ratio est, quia inquisi-

tionem praecedere debet infamia criminis. Infames autem in causa criminali testes idonei esse non possunt, ut ostensum est *n.* 16. *Extenditur* 2. siquis denuntiatus fuerit de tali crimine; quia per denuntiationem dubia redditur integritas, et gravatur existimatio denuntiati; Abb. *in c.* 56. *h. t. n.* 6. *Extenditur* 3. ad condemnatum de crimine, appellantem a sententia; nam pendente appellatione, non admittitur ad testificandum in causa criminali; Pirh. *n.* 27. *in fin.* Ratio est, quia licet dum pendet appellatio, status ejusdem maneat integer, et propterea admitti ad testificandum debeat in causa civili, tamen ob accusationem, et sententiam primae instantiae gravatur aliquo modo ejusdem existimatio, ut repelli possit in causa criminali.

23

Dixi autem 1. *in causa criminali*; nam in causa civili accusatus de crimine, non tamen incarceratus, admittitur, ita tamen, ut non sit testis omni exceptione major: et hinc in iis causis civilibus, in quibus requiruntur testes integerrimi, testimonium ipsorum non recipitur. *Excipitur* autem incarceratus, ut nec in civili causa admittatur in testem, ob suspicionem, quod hujusmodi homines falsum deponere credantur, ut se liberent a reatu, mutuo praestita depositione ab illis, pro quibus testimonium dicunt. Dixi 2. *de jure canonico*; nam in foro civili accusatus potest esse idoneus testis non minus, quam si fuisset non accusatus, ut notat Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 250. Ratio est, quia jura requirunt condemnationem, quae transivit in rem judicatam. Dixi 3. *praeterquam in criminibus exceptis:* nam in his admittitur; quia in illis ob atrocitatem criminis multa permittuntur, quae alias denegantur. Neque obstat *cap. per tuas* 32. *de simon.* ubi etiam in crimine simoniae, quod unum est inter excepta, distinguitur, an testis sit bonae famae, an malae, et cons. innuitur, si malae sit, etiam ibi non admittendum; nam id procedit, quando constat de crimine contra testes, hic vero sermo est, quando testis tantum est accusatus de crimine.

24

5. *Perjuri*: nam hi, licet emendati sint, et de perjurio poenitentiam egerint, et a testificando in omni causa repelluntur. Ita habetur *c. testimonium* 54. *h. t.* et docent *ibid.* Vivian. *in ration.* Hilt. *p.* 8. *t.* 8. *c.* 2. *n.* 5. H. Canis. *in c.* 2. *h. t. n.* 21. Laym. *in c.* 7. *eod. n.* 8. *et in c.* 54. *cit. n.* 8. Gonz. *ib. n.* 4. Barb. *n.* 2. *et* 4. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 260. Pirh. *hic n.* 62. Konig. *n.* 10. Sann. *c.* 2. *n.* 11. Vviest. *n.* 9. Et hoc adeo verum est, ut perjurii defectus in causa criminali ne quidem per torturam purgetur; nam ne torti quidem depositione sua indicium faciunt; Farin. *q.* 56. *n.* 183. Extenditur, ut neque in criminibus exceptis, ubi alias testes inhabiles ad-

mittuntur, aliquid depositio perjuri probet; Farin. *l. cit. n.* 195. *Excipitur* crimen haeresis, in quo ob fidei favorem perjurus potest esse testis, deponendo tam contra se, quam contra complices, quod prius celaverat, modo ex manifestis indiciis pateat, quod perjurus non ex animi levitate, aut odio, sed ex zelo justitiae deponat, ut dictum suum corrigat; Farin. *n.* 203 *et* 204.

25.

Ratio autem assertionis est, quia qui semel pejeravit, semper suspectus est juxta *reg.* 8. *in* 6. ibi: *semel malus semper praesumitur esse malus*; et juxta id quod dicitur *can. non potest* 24. *caus.* 2. *q.* 7. ubi concilii Toletani PP. *non potest*, inquiunt, *erga homines esse fidelis, qui DEO extiterit infidus*. Intelligi autem hic dicta debent, ut procedat de perjuro proprie, non autem de illo, qui juravit temere, aut illicite, ut bene Fagn. *in c.* 18. *h. t. n.* 5. nam violans juramentum hujusmodi non fit perjurus.

26

6. *Excommunicati* excommunicatione majori; nam isti in omnibus causis, iis exceptis, in quibus admittuntur infames, a testimonio dicendo removentur; Hiltr. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 5. Vvesem. *ff. h. t. n.* 3. Barb. *in cap. veniens* 38. *h. t. n.* 9. Zoes. *hic n.* 16. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 257. Pirh. *n.* 31. Konig. *n.* 11. Sann. *c.* 2. *n.* 12. Vviest. *n.* 8. et constat ex *c. veniens. cit. et c. decernimus* 8. *de sent. excom. in* 6. Ratio est, tum quia excommunicati non habent licentiam communicandi cum aliis, tum quia inter infames reputantur; *can. illi qui* 3. *et can. infames* 17. *caus.* 6. *q.* 1.

Discrimen tamen est faciendum inter excommunicatum toleratum, et non toleratum. *Non toleratus* a testimonio dicendo repelli debet a judice, etiam non opponente parte; toleratum repellere a testificando quidem judex potest, si excommunicatio sit nota publice, non tamen debet illum repellere, nisi pars ejusmodi testi exceptionem excommunicationis opponat. *Ratio est*, quia pars non excipiens censetur renuntiare juri suo, et hoc potest, cum potestas repellendi excommunicatum non vitandum inducta sit in favorem partis, contra quam adducitur testimonium excommunicati tolerati. Quando excommunicatio non est notoria, ut vim habeat exceptio adversae partis ex hoc capite facta contra testem, excipiens eam intra octo dies apertissimis documentis ostendat, necesse est: quam si ostenderit, testis repelletur: si adhuc dubitetur de excommunicatione, prius ad cautelam absolvi debet, quam permittatur testimonium proferre in judicio; sed bene notat glos. *fin. hic* requiri aliquam causam necessitatis; qualis esset, si alii testes idonei nulli adsint.

27

An testimonium excommunicati non tolerati, quod defacto, nemine repellente, deposuit in judicio, validum sit, quidam dubitant; et *ratio* dubitandi est, quia, ut ex *can. infames cit.* dixi, infamibus accensentur, quorum testimonia ex dictis *n.* 16. invalida sunt. Sed retinenda est affirmativa sententia, quam etiam defendunt Ugolin. *de censur. tab.* 2. *cap.* 17. §. 1. Suar. *de cens. D.* 16. *s.* 6. *n.* 5. Pal. *tr.* 26. *D.* 2. *p.* 14. *n.* 18. P. Vviest. *hic n.* 8. P. Schmier. *proc. judic. c.* 9. *n.* 17. et alii apud istos. Colligitur ex *cap. excommunicamus* 13. §. *credentes de haeretic.* ubi dum specialiter haeretici redduntur inhabiles ad ferendum testimonium, tacite insinuatur aliorum excommunicatorum testimonia valere. Ratio est, quia excommunicatio tantum privat muneribus, et juribus spiritualibus inter quae testimonii dicendi facultas non numeratur. *Ad rationem dubitandi* dico excommunicatos non simpliciter accenseri infamibus, sed tantum aliquo modo ad illos reduci: quod ad invalidandum ipsorum testimonium non sufficit: alias a testimonio dicendo excludi deberent omnes omnino peccatores, cum et ipsi, *can. illi qui cit.* inter infames numerentur.

28

7. Denique *personae valde pauperes, et viles*; Henr. Canis. *in c.* 2. *h. tit. n.* 19. Barb. *ibid. a n.* 2. Vvagn. *V. vilissimi*, Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 262. Pirh. *hic n.* 32. Engl. *n.* 17. Konig *n.* 7. Vviest. *n.* 10. et habetur *can. imprimis* 7. *vers. sed et de personis accus.* 2. *quaes.* 1. *l. testium* 3. *princ. ff. h. tit.* Ratio est, quia de his potest esse suspicio, quod pecunia facile corrumpantur. Unde si vitae honestae, et famae bonae sint, admittuntur; quia haec suspicionem corruptionis tollit, et in omni casu honestas personae etiam pauperis attendenda est; Clar. §. *fin. q.* 24. *n.* 11. Farin. *q.* 55. *cit. n.* 82. *in fin.* Vviest. *l. cit.* Alia ratio est de personis vilibus, quae ex officio vili etiam inter infames reputantur, quales sunt lictores, carnifices etc. nam horum testimonium contra ingenuos non recipitur. Quaenam autem personae viles dicendae sint, ut a testimonio ferendo repellantur in hoc, ut bene Haun. *l. cit.* notat, locorum consuetudo est observanda; nam alicubi lictores habentur pro vilibus, alibi ad testimonium admittuntur.

§. II.

De iis, qui secundum quid sunt inhabiles ad testificandum.

SUMMARIUM

Ex testibus, qui secundum quid inhabiles sunt ad testificandum aliqui non possunt testes esse pro certis personis, alii contra certas personas, quidam in certis causis. Et hinc

29

Quaeritur 1. qui testes esse non possint pro certis personis? Resp. Quinque potissimum sunt horum genera 1. Enim non admittuntur ad testimonium dicendum *parentes pro liberis*, *et liberi pro parentibus*; Vivian. *in cap. super eo* 22. *h. tit.* Barbos. *ibid. n.* 10. Laym. *n.* 3. Henr. Can. *in cap.* 2. *eod. n.* 22. Farin. *prax. crim. quaest.* 54. *a n.* 145. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 11. Vallens. *hic* §. 2. *n.* 12. Zoes. *n.* 3. Haun. *de J. et J. to.* 5. *tr.* 4. *n.* 206. Pirh. *n.* 33. Engl. *n.* 24. Konig *n.* 13. Sannig 2. *n.* 13. et habetur *can. si testes* 3. §. *parentes caus.* 4. *q.* 2. *l. testis* 9. *ff. et l. parentes* 6. junct. glos. *V. advers. C. h. tit.* Ratio est, quia hos reciprocus amor suspectos reddit: ob quam causam assertio

Extenditur 1. ad omnes ascendentes tam masculos, quam foeminas in linea paterna, vel materna, ut colligitur ex *l. appellatione* 52 *ff. de V. S.* 2. Ad filium etiam emancipatum; quia licet in hoc cesset patria potestas, non tamen cessat paterna in filium, et filialis in patrem affectio, ob quam uterque repellitur a testimonio dicendo in favorem alterius 3. Ad filios naturales, spurios, incestuosos ob eandem causam affectionis. 4. Ad vitricum respectu privigni, ad adoptantem respectu adoptati, et vicissim. 5. Ad parentes nutritios per valde longum tempus: de quo, et affectione inde consequente arbitrabitur judex, uti etiam de affectione patris spiritualis, aut compatris.

30

Excipiuntur tamen complures casus, in quibus parentes testes esse possunt in causa filii. Tales, praeter eos, in quibus generaliter testes minus habiles admittuntur, de quo infra *n.* 52. sunt. 1. Quando agitur de filiorum aetate, aut statu; *l. etiam matris* 16. *ff. de probat.* quia hujus rei notitiam habent optimam. *Excipe*, nisi filio exinde commodum aliquod acquiratur cum alterius praejudicio; tunc enim testimonium parentum tantum praesumptionem aliquam facit, seu indicium, nisi aliis adminiculis adjuvetur; Mascard. *de probat. concl.* 669. *n.* 12. *et seq.* Farin. *q.* 54. *cit. n.* 178. Haun. *n.* 207. Pirh. *n.* 34. et alii communiter. 2. In causa matrimoniali suorum liberorum, ut cum quaeritur de consanguinitate desponsatorum; *cap. super eo* 22. *hoc tit. et c. videtur* 3. *qui matrim. accus. etc. Excipe,* nisi filia in virum sibi petat se majorem; nam eo casu testimonium parentum videtur esse suspectum, quod credantur non testificari ad veritatem facti deponendam, sed propter incrementum, et honorem, quem ex hujusmodi matrimonio optant filiae. Idem dicendum casu, quo filia, quae contendit de matrimonio, cognita fuit ab eo, quem sibi maritum petit; cum enim tunc de injuria familiae illata agatur, matris, et conjunctorum testimonium merito suspectum redditur. 3. In causa professionis religiosae quando ambigitur, an filius ingressus sit animo profitendi; tunc enim patris testimonium auditur ad dissolvendum matrimonium spirituale; *can. praesens* 4. *caus.* 20. *q.* 3. gloss. *ibid. V. patrem.* Farin. *loc. cit. n.* 185. Pirh. *n.* 34. 4. In causa, quam filius agit procuratorio nomine; nam in hac admittitur pater tanquam testis, modo ipsi, aut filio per eam nihil directe acquiratur; non tamen hoc casu est testis omni exceptione major ob affectionem, qua praesumitur optare, ut filius in ea vincat; gloss. *in l. qui testamenta* 20. §. *quae autem V. diximus ff. qui testam. fac. poss.* Layman. *in cap.* 22. *h. tit. n.* 5. Pirh. *n.* 34. *cit.* 3. In causa filiorum litigantium inter se, eo quod

par sit affectio parentum erga liberos; Laym. *loc. cit.* Barb. *ibid. n.* 15. Haun. 207. Pirh. *loc. cit.* Konig *n.* 13. 6. Denique in quacumque alia causa, si ex ea nullum commodum acquiratur filiis, et vicissim; quia cessat ratio suspicionis; Farin. *n.* 183.

31

2. *Fratres*, et ceteri *consanguinei*, atque etiam *affines*, usque ad quartum gradum exclusive, cum pro se mutuo deponunt in causis criminalibus, et civilibus valde arduis; Farin. *prax quaest.* 54. *n.* 1. *et seq.* Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 213. Laym. *in c.* 22. *hoc tit. n.* Vallens. *hic* §. 2. *n.* 8. Pirh. *n.* 39. Engl. *n.* 25. Konig *n.* 15. Sannig *cap.* 2. *n.* 13. Vviest. *n.* 12. et habetur *can. consanguinei* 1. *et can. accusatores* 12. *caus.* 3. *q.* 5. *can. absens.* 18. *ead. caus. q.* 9. *l. lege Julia* 4. *et l. seq. ff. h. tit.* Idem dicendum de amicis, et familiaribus, qui amicitia, vel familiaritate aliqua arctiore inter sese junguntur; *can. accusatores cit.* ubi etiam ratio indicatur; quia *propinquitatis, et familiaritatis, ac dominationis affectio veritatem impedire solet.*

32

Excipiuntur iterum complures casus, quibus consanguineus pro consanguineo, affinis pro affine, amicus pro amico in testem admittitur. Et 1. quidem, quando inter consangineos, et affines non est magna affectio; quia ea cessante, cessat ratio prohibitionis; Farin. *n.* 62. 2. Si is, qui in testem producitur, sit aeque conjunctus, aut familiaris utrique parti; nam par conjunctio, et familiaritas parem affectionem indicat, sicque omnem suspicionem removet; Mascard. *concl.* 68. *n.* 7. Farin. *n.* 45. *et duob. seq.* 3. Si natura causae admittat testimonium domesticum, ut in causa consanguinitatis; quia hanc consanguinei, et affines praesumuntur melius scire; Haun. *n.* 211. 4. In causis civilibus parvi momenti, et modici praejudicii; Menoch. *de arbitr. cas.* 104. *n.* 1. 5. Si testi consanguineo adjungatur alius tantae aestimationis, vel alia accedant adminicula, quae defectum suppleant; quale est, si in uno articulo deposuit adversus consanguineum, in altero pro ipso; tunc enim minuitur affectionis suspicio; Haun. *loc. cit.* 6. Si ipse consanguineus, vel affinis in testem adductus sit illibatae famae, et probatae vitae, ac fidei, ita, ut praesumi non possit, quod propter affectum sanguinis committere velit perjurium; Laym. *in cap.* 22. *cit. n.* 8. 7. Denique consanguinei, et affines possunt esse testes instrumentarii in instrumentis, et testamentis; Farin. *n.* 40. *et* 44. His accedunt ceteri casus, in quibus generatim admittuntur testes minus habiles. Videatur Farin. *q.* 54. *cit. a n.* 16. Haun. *tr.* 4. *cit. a n.* 210. Pirh. *hic n.* 40. Konig *n.* 15. Vviest. *n.* 17.

33

3. *Conjuges* pro se invicem. Ita gloss. *in can. si testes* 3. *vers. item ne liberto V. imperari caus.* 4. *q.* 1. gloss. *in l. etiam* 3. *V. eod. cod. hoc tit.* Hiltrop. *p.* 8. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 11. Farin. *quaest.* 54. *n.* 210. *et seq.* Vvesenbec. *ff. h. tit. n.* 3. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 314. Vall. *hic* §. 2. *n.* 11. Pirh. *n.* 37. Konig *n.* 14. Vviest. *n.* 11. et habetur *can. si testes vers. cit. et l. lege Julia* 4. *ff. hoc tit. Ratic est* 1. quia inter conjuges praesumitur magna affectio, cum sint duo in carne una. 2. Quia si maritus esset testis in causa uxoris, aliquo modo esset testis in causa propria, saltem frequentissime in civilibus, cum maritus administret bona uxoris, et damnum hujus in illum redundet. 3. Quia conjuges vel maxime sunt domestici. Atqui, ut *n.* 35. dicam, testimonium domesticum universim rejicitur ; ergo etc. *Extenditur* assertio etiam ad sponsum, et sponsam; imo ad amasium, et concubinam, ut bene notat *loc. cit.* quia sc. non vinculum matrimonii, sed affectio testimonium conjugum suspectum reddit ; et propterea eadem de his secundis est ratio.

34

Excipiuntur 1. causae illae, in quibus ipsi probabiliter sciunt melius veritatem, quam alii; Farin. *n.* 227. 2. quando agitur ad vindictam publicam, et fisci utilitatem pro vulnere, percussione, morte illata conjugi; Farin. *n.* 229. 3. In causa matrimonii , si ambo dicant se contraxisse matrimonium; tunc enim eorum assertioni creditur. Secus est si ambo dicant matrimonium a se contractum esse invalidum; tunc enim allegantibus impedimentum dirimens non est credendum, cum non sit in eorum potestate dissolvere vinculum matrimonii. 4. In omnibus aliis causis, et casibus, in quibus testes inhabiles non repelluntur.

35

4. *Domestici*; Farin. *prax. q.* 55. *n.* 1. *et seq.* Mascard. *de probat. concl.* 534. *n.* 1. *et seq.* Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 218. Vvesenb. *ff. h. tit. n.* 3. Vivian. *in c. in litteris* 24. *eod.* Laym. *ibid. n.* 3. Barb. *n.* 1. Vall. *hic* §. 2. *n.* 2. Zoes. *n.* 2. Pirh. *n.* 42. Engl. *n.* 28. Konig *n.* 16. Vviest. *n.* 18. et patet ex *can. super prudentia* 1. *caus.* 14. *q.* 2. *l. testes* 24. *ff. l. etiam* 3. *C. h. tit.* intelligi autem nomine *domesticorum* hic debent ii, quibus ratione patriae, dominicae, aut gubernativae potestatis private imperari potest, ut sunt filiif. servi etiam mercenarii, famuli etc. nam coloni, emphyteutae, inquilini, si tales non sint, quibus imperari possit ratione dominativae potestatis privatae, admittuntur, licet plenam fidem non semper faciant : Est autem assertio haec adeo vera, ut domesticorum testimonium, extra casus *n. seq.* excipiendos, non tantum integram fidem non faciat, sed

nullam omnino, et proptera nullo modo audiri, vel examinari debeant; *l. testes cit. Ratio est*, quia eos testes adhibere oportet, qui fidem religioni judiciariae debitam possint praeponere omni gratiae, et potentatui. Tales autem non sunt domestici; nam ob affectum non sunt liberi testes, et periculum est, ne pejerent ob favorem sui patrisfam.

36

Excipitur 1. Si hujusmodi domesticus tempore, quo in testem producitur, desiit esse domesticus; quia tunc cessat affectus, qui praesumitur impedire domesticum, quo minus veritatem dicat; Gonzal. *in cap.* 24. *hoc tit. n.* 7. Pirh. *hic n.* 44. intellige, si non dimittatur in fraudem; nam fraus sua nemini prodesse debet. 2. Si non vivant expensis domini, nec ab eo salarium accipiant, et sint alioquin personae honestae; rev. dominus Vincentius Petra *comment. tom.* 2. *fol.* 409. *n.* 28. et apud ipsum *cit.* 3. Si res talis sit, quae domi gesta est, quia haec melius scire praesumuntur, quam extranei; Barb. *in cap.* 38. *hoc tit. n.* 11. 4. Si plures domestici, quam duo idem uniformiter deponant, et aliunde non appareat causa suspicandi aliquam subornationem; Haun. *n.* 220. 5. Si domesticus testis deponat pro domino, seu patrefam. contra alium domesticum; quia non est verisimile, quod magis pro uno, quam pro altero verum dicat; Mascard. *n.* 24. 6. Si utilitas negotii ad dominum non spectet, sed eo procurante ad alium extraneum; Gonz. *n.* 7. *cit.* 7. Si testes hujusmodi domestici sint tam probatae vitae, ut in testimonium admitti debeant; et hinc Petra *cit. n.* 8. cum Gratian. *discept.* 374. *n.* 3. judicat admittendos familiares nobilium; quia regulariter praesumuntur personae honestae. 8. Domestici possunt esse testes instrumentarii, et testamentarii, qui sunt rogati, adeoque approbati: et hinc in causa concernente instrumentum domesticus, deponens testimonium, erit testis omni exceptione major ob tacitam approbationem adversarii; Haun. *num.* 221. In ceteris casibus, quantum fidei depositionibus illorum judex praebere debeat, ex circumstantiis arbitrabitur; plerumque autem propter affectionem, quam erga dominum, vel alios domesticos gerere praesumuntur, non censentur testes integri, et omni exceptione majores, ut notat Farin. *n.* 46. quem vide de hoc fuse disserentem *a n.* 29.

37

5. *Subditi, et vasalli* in causa principis, vel domini sui directi, vel alterius, cujus jurisdictioni subsunt, ubi tamen est distinguendum: vel enim dominus talis est, ut subditi, et vasalli, si adversus illum testificarentur, merito timere deberent, ne dominus, inde ad vindictam, et injustam vexationem inducatur, vel ni-

hil simile timendum habent. *Si primum*, et de hoc judici constet, non potest subditi, aut vasalli testimonium admittere tanquam omni suspicione liberum, cum non sit liberum a metu. *Si secundum*, admittere pro domino testificantem debet, ut recte notant Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 222. *et* 224. Pirh. *n.* 48. Engl. *n.* 29. Vviesl. *n.* 20. Konig *n.* 17. et habet eodem teste communis hodie, et in praxi receptissima sententia. *Ratio est* 1. quia nullo jure prohibentur testificari pro domino; imo vasallus *in ll. feudor.* expresse saepius supponitur posse testis, et quidem omni exceptione major. 2. Quia rerum, et jurium principum suorum, et ab his gestorum actuum notitiam prae aliis majorem habent, ut proinde sicut domestici de rebus domini, et secreto gestis, ita et ipsi de rebus, et causis sui principis deponentes aliis sint praeferendi. 3. Quia alias probationum facultas coarctaretur; plerumque enim tales domini alios testes habere nequeunt; unde si testes ex subditis suis non possent producere, iniquissimae conditiones forent.

38

Duae tamen conditiones ad hoc requiruntur, sc. ut non agatur de proprio interesse ipsius subditi, aut vasalli; et ut praecesserit juramenti relaxatio; quibus addi tertium potest in primo jam aliquo modo inclusum, ut subditus, vel vasallus nihil sibi timendum habeat a domino, si contra ipsum testificetur; de quibus arbitrari judex debebit, uti etiam, an admitti in testes possint in causa principis ii, qui ab eodem habent officia, et salaria, vel gratuita stipendia.

39

Quaeritur 2. quinam testes esse prohibeantur contra certas personas? Resp. 1. Non testificatur socius criminis adversus socium, nullique de se confesso adversus alium in eodem crimine credendum est; Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 5. Henr. Canis. *in c.* 2. *h. tit. n.* 24. Vivian. *in c. veniens* 10. *eod.* Gonz. *ibid. n.* 3. Vvagn. *not.* 1. Barbos. *n.* 1. Zoes. *hic n.* 10. Pirh. *n.* 49. Konig. *n.* 17. Vviesl. *n.* 21. et constat ex *c. veniens cit. l. quoniam* 11. *cod. eodem l. ult. in fin. cod. de accusat.* Ratio est, quia confessus, vel convictus de crimine in judicio sit infamis; infamis autem testis esse non potest juxta dicta *n.* 16. Accedit, quia si tali criminoso crederetur contra alios, saepe falso assereret sibi esse socios aliquos potentes, quorum favore speraret se evasurum, vel ex odio nominaret alios, quibus esset infensus, ut simul cum ipso punirentur. Patetque ab experientia, quod hujusmodi delinquentes in tormentis de se confessi, et de aliis interrogati persaepe mentiantur. Hinc secundum juris utriusque statuta super aliorum conscientiis etiam interrogari non debent, ut dictum est *tit.* 18. *n.* 5.

40

Excipitur crimen simoniae; nam in hoc, cum sit unum ex majoribus, in detestationem illius admittuntur testes non usquequaque idonei; *c. tanta* 7. *de simon. c. mediatores* 1. *hoc tit. in* 6. cons. etiam socius criminis; quod intellige, si particeps fuerit tamen criminis, non vero etiam muneris; nam si ex pretio per simoniacum contractum dato aliquid percepisset, ad testificandum in causa socii non admittitur, etiam si civiliter solum agatur; *c. mediatores cit. et ratio est*, quia propter participationem emolumenti censetur valde suspectus ad testificandum super actu, qui ipso adjuvante, vel mediante gestus est, et propterea ei non creditur. *Extenditur* hoc etiam ad illum, qui licet de pretio per simoniacum contractum dato, nihil acceperit, accepit tamen salarium, vel aliud emolumentum temporale; imo quando etiam promissionem solummodo, de eo dando acceptavit, ut notat Franc. *in c. mediatores cit. n.* 3.

41

Quod de crimine simoniae dictum est, dicendum etiam de aliis criminibus exceptis; item de iis, quae sine socio committi non possunt, ut proditio contra remp. sodomia etc. nam in his, ut *tit.* 18. *n.* 6. dixi, examinari criminosus potest de sociis; sed ejus testimonium tunc aliam vim non habebit, nec faciet majorem fidem, quam testimonium alterius hominis vilis, infamis, et suspecti, ut Pirh. *n.* 50. advertit; unde, ut judex ex ejus testificatione possit procedere ad inquisitionem specialem, capturam etc. necesse est accedere alia adminicula, ut dictum est *tit.* 18. *cit. n.* 39. Quod multo magis verum est, si crimen non sit exceptum; *ibid. n.* 40.

42

Existimat quidem Clarus, si duo vel tres criminis socii quartum prodant, istum, etsi pro convicto propterea haberi nequeat, torqueri tamen debere, et posse. Verum universaliter dici hic nihil potest; unde judex ex personarum, et circumstantiarum qualitate metietur, quanta fides hoc, vel illo casu sociis criminis sit adhibenda; maxime vero judicem oportet caute procedere in crimine veneficii; quia hujusmodi mulierculae, de veneficio convictae, saepe contra innocentes deponunt; unde si is, contra quem depositio facta est, sit vir, aut matrona honesta, etsi plures eo scelere infectum asserant, nisi alia cedant indicia, nihil iis credendum est.

43

2. *Inimicus* adversus suum inimicum; Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 27. Menoch. *de arbitr. q.* 28. *a n.* 1. Farin. *prax. q.* 53. *a n.* 3. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 13. Vallens. *hic* §. 2. *n.* 18. Zoes. *n.* 14. Haun. *n.* 196. Pirh. *n.* 53. Konig *n.* 22. Sannig *cap.* 2. *n.* 18.

Vviest. *n.* 22. et constat ex *c. meminimus* 13. *et cap. cum oporteat* 19. *de accusat. l. testium* 3. *princ. ff. et l. siquis* 17. *C. hoc tit. Novell.* 90. *c.* 7. Ratio est, quia ob malevolentiam erga inimicos suos falsa praesumuntur dicere inimici testes, et cons. periculum esset, ne per falsas probationes condemnentur innocentes. Hinc ne quidem in criminibus exceptis, et aliis casibus, quibus alias minus habiles testificari possunt, admitti debent, cum sit idem etiam in his periculum. Intelligi autem hoc debet solum de inimicitia gravi, et capitali: quales censentur 1. inter eos, inter quos lis mota fuit super crimine, dummodo aliqua labes infamiae ex ea lite aspergatur, ut in actione injuriarum. 2. Si de omnibus bonis, vel maxima eorum parte, aut de statu inter eos controversia sit; quia ejusmodi causae criminalibus aequiparantur. 3. Si ortum habeat ex spoliatione famae, aut fortunarum, ex detentione in vinculis etiam justa praecedente, ex comminatione mortis, vel alterius gravis damni etc.

44

Extenditur assertio 1. etsi is ipse, qui contra testem inimicum excipit, dederit causam inimicitiae, Haun. *n.* 199. nam par est periculum iniquae testificationis. *Excipe*, nisi causam inimicitiae malitiose dederit, ut contra eum produci non posset; nam fraus sua nemini prodesse debet, neque ex malitia commodum reportari. Accedit, quia hoc ipso satis constaret testem vera dicturum, quod alter voluerit malitiose procurare causam excipiendi, utique non facturus, nisi testimonii veritatem timeret. *Extenditur* 2. etsi inimicus ante productionem, et examen fuisset reconciliatus; solet enim plerumque manere aliquis in animo rancor, et aversio. Unde considerandus est maxime modus reconciliationis, an sc. facta sit ex praecepto superioris, an motu proprio; nam si ex praecepto superioris, experientia docet, reconciliationem saepe non adeo sinceram esse: si motu proprio, praesertim ex motivo religionis, et pietatis, nisi contrarium constet, credi debet sincera. Si dubium sit, utile erit, quod suadet Covar. *pract. qq. c.* 18. *n.* 3. receptionem, et examen testium differri, donec constet, quod pristina amicitia coaluerit. *Extenditur* 3. ut testi inimico ne quidem in articulo mortis credendum sit; Haun. *n.* 202. quod intellige, nisi testaretur se in animo nullam gerere inimicitiam, et hoc in sacramentorum sumptione, aliisque signis sufficienter probaret. *Neque obstat*, quod in articulo hoc nemo sit immemor suae salutis; nam hoc ipso, quod reconciliationis signum non ostendat, sufficienter commonstrat se salutis immemorem. *Extenditur* 4. juxta nonnullos ad consanguineos, et valde amicos inimicorum; Haun. *n.* 197. quia et ipsi praesumuntur inimici, cum plerumque induant affectiones eorum, quibus amici, vel consangui-

nei sunt. *Extenditur* 5. ut ne quidem constitutione principis sanciri possit, ut inimici capitales recipiantur in testes; Haun. *n.* 201. quia est contra naturam, ut ab inimicis sperari veritas possit.

45

Sunt tamen aliqui casus, in quibus testimonium inimicorum recipitur. Et 1. quidem, si tantum levis sit inimicitia; nam ob istam testis in causis saltem civilibus, licet fidem ejus aliquo modo diminuat, non tamen absolute repellitur; Clar. §. *fin. quaest.* 24. *n.* 5. Mascard. *de probat. concl.* 258. *n.* 56. Farin. *q.* 35. *cit. n,* 52. Pirh. *hic n.* 54. 2. Si fuerit quidem inimicus capitalis, sed ab aliquo tempore, et ita reconciliatus sit, ut odium et animus nocendi in eo praesumi possit extinctus; Gomez *tom.* 3. *var. c.* 12. *n.* 12. Farin. *n.* 58. *et seqq.* Vviest. *hic n.* 22. 3. Si sit ex aequo inimicus utriusque partis; Gomez *n.* 14. *citat.* Farin. *n.* 66. Pirh. *n.* 55. sicut enim ob parem affectionem amicus utriusque partis, ita ob par odium inimicus suspicionem purgat. 4. Si inimicus deponat in favorem sui inimici; quia tunc cessat praesumptio, quod mentiatur. 5. Si deponat adversus producentem; tunc enim contra eundem probat, quia qui producit aliquem testem contra alium, etiam censetur personam illius approbare contra seipsum.

Qui exceptionem inimicitiae opponit, debet etiam probare; quia est facti. Non autem opus est, ut probet illam evidentibus argumentis, sed satis est, si haec sint probabilia, quale est, si probet subesse causam inimicitiae; quia causa plerumque conjungitur cum effectu, adeoque probata causa, redditur etiam probabilis existentia effectus, praesertim accedentibus aliquibus signis; e. g. si debita reverentia, aut amica salutatio denegetur.

46

3. *Judaei, pagani, haeretici,* ubi hi non sunt tollerati, contra christianos, et orthodoxos; Abb. *in c. judaei* 21. *h. tit. n.* 3. Felin. *ibid. princ.* Gonz. *n.* 2. Barb. *n.* 2. Farin. *prax. q.* 56. *n.* 205. Vall. *hic.* §. 2. *n.* 17. Zoes. *n.* 11. Pirh. *n.* 61. Engl. *n.* 20. Konig *n.* 24. Sannig. *cap.* 2. *n.* 19. Vviest. *n.* 23. et constat ex *can. non potest* 24. *et seq. caus.* 2. *q.* 7. *can. ipsa pietas* 24. *princ. caus.* 23. *q.* 4. *c. judaei cit. V. praesumant l. quoniam* 21. *C. de haeretic.* Ratio est, quia sunt suspecti de falsitate; nam cum Deo sint infideles, non praesumuntur fore fideles hominibus; neque iis fides habenda est, qui veritatis a se fidem abjecerunt, ut dicitur *can. potest cit.* Dixi, *judaei contra christianos*; nam christianus contra judaeum in testem admittitur; Vivian. *in cap. judaei cit.* cum ceteris: quia judaei christianis subjacere debent, a quibus pro sola humanitate foventur. *Neque dicas*, quod in judiciis sit paritas servanda, ac proinde sicut

judaeus contra christianum, ita et christianus contra judaeum testimonium dicere prohibendus sit; nam aequalitas ista, quae requiritur in judiciis, respicit personas actoris, et rei , ut regulariter non liceat uni, quod non licet alteri : non autem respicit personas testium; alias sequeretur, quod qui non recipit contra se testificantem criminosum, et excommunicatum, nec ipse recipi contra istum in testem possit, etiamsi alias sit integerrimus : quod est absurdum.

47

Procedit autem assertio. 1. etiam non obstantibus privilegiis, si quae hac in re judaei accepissent a regibus et principibus, ut recte advertit Vivian. *in clem. cum judaei* 1. *h. tit.* Ratio est, quia principes non possunt privilegiare contra jus naturale, aut canonicum, maxime in iis, quae sunt in opprobium fidei christianae. *Procedit* 2. etiamsi christianus tacite, vel expresse consentiat; nam haec prohibitio maxime introducta est in favorem christianae fidei. Favori autem publico privatus renuntiare non potest; Farin. *q.* 56. *cit. n.* 225. *Procedit* 3. etiam de judaeo, vel alio infidele converso recenter ad fidem christianam, ut colligitur ex *can. constituit* 31. junct. gloss. *V. qui ex judaeis caus.* 17. *q.* 4. quia adhuc suspecti sunt, et multa probatione egent etiam post baptismum.

48

Sunt tamen etiam hic aliqui casus, in quibus ad testimonium ferendum contra christianos, et orthodoxos admittuntur infideles, judaei, et haeretici. Et 1. quidem in criminibus exceptis; *cap. in fidei* 5. *de haeret. in* 6. quamvis eo casu infidelis, et haereticus non sit testis omni exceptione major. 2. In defectum aliorum testium, sive cum veritas alios testes haberi nequit. 3. In instrumentis, contractibus, et testamentis. 4. Admittuntur haeretici in foro civili pro testibus in iis terris, ubi catholicis permixti vivunt, et tolerantur; nam ibi aequiparantur catholicis. 5. Secundum quosdam judaeus, vel alius infidelis testis esse potest pro christiano contra alium christianum; quia in tali casu ratio odii respectu utriusque litigantis aequaliter militat. Contrarium tamen videtur colligi ex *can. si haereticus* 26. *caus.* 2. *q.* 7. *et l. quoniam cit.* et ratio est, quia plerumque sunt homines viles, perfidi, pecuniis avidissime inhiantes, et eous. tales , qui facillimo negotio corrumpi possunt. Hinc rarissime in testes admitti debent : quando autem admittuntur ad testimonium dicendum , non creditur ipsis, nisi prius juramentum secundum suam religionem praestiterint, ut habet *ordinatio camerae* 1538. ubi forma, et modus jurandi judaeis praescribitur.

11 *

49

4. *Laicus* contra clericum in causa criminali criminaliter intentata; Abb. *in cap. de cetero* 14. *h. tit. n.* 1. Felin. *ibid. n.* 1. Vivian. *in ration.* Laym. *n.* 1. Gonzal. *n.* 3. Barb. *n.* 1. Vagn. *not.* 1. Farin. *prax. q.* 61. *n.* 98. Vall. §. 2. *n.* 24. Zoes. *n.* 15. Pirh. *n.* 56. Engl. *n.* 33. Konig. *n.* 23. Vviest. *n.* 25. et constat ex *cap. de cetero cit.* Ratio deducitur tum ex reverentia, quam laici debent clericis, qui Dei legatione funguntur in terris per *can. quis dubitet* 9. *et can. seq. dist.* 96. tum etiam, quod laici sint diversae conversationis, ordinis inferioris, et non raro a clericis alienioris affectionis; *can. laici* 14. *caus.* 2. *q.* 7. *Extenditur* assertio etiam ad religiosos; quia in favorabilibus nomine clericum etiam ipsi comprehenduntur.

Neque obstat 1. quod laicus accusare clericum possit casu, quo ille suam, vel suorum injuriam ulciscitur; cum accusatione modicum sit praejudicium, majus per testium depositionem, cum ex dicto accusatoris nemo condemnetur, sicut tamen condemnatur ad depositionem testium. *Non obstat* 2. textus *c. quoniam* 3. *hoc tit.* ubi in causa criminali adversus clericum admittitur testimonium foeminae; nam textus procedit casu, quo propter defectum testium non potest delictum probari, nisi per mulieres, cum quibus commissum est. *Non obstat* 3. *cap. fin. de purgat. canon.* ubi adversus clericum in causa criminali admittitur testimonium populi; nam eo textu agebatur de delicto notorio.

50

Dixi autem *criminaliter intentata*; nam in causis civilibus, et si civiliter agatur de crimine, laicus testificari adversus clericum potest; *cap. tam litteris* 33. *hoc tit.* imo etiam in causa criminaliter intentata in certis casibus. Et quidem 1. in criminibus exceptis; glos. *in cap. de cetero cit. V. summ.* 2. In delictis scandalosis, et notoriis; *cap. fin. cit.* 3. In subsidium, quando clerici haberi non possunt, qui facti notitiam habeant, ut si clericus in solitaria villa habitans delinquat, idque ne crimina maneant impunita. 4. Si agatur de crimine per modum denuntiationis, aut inquisitionis ad depositionem, aut privationem beneficii, ut colligitur ex *cap. ex parte* 7. *hic* 5. Si ipsius laici intersit, ut quando patronus, vel parochianus est; nam horum interest habere bonum rectorem. 6. Si clericus jam sit traditus curiae saeculari; quia tunc amisit privilegium clericale.

Porro si in his casibus admittatur testimonium laici contra clericum bonae famae, non erit testis integer, et omni exceptione major, nisi cum eo simul testificetur, et examinetur clericus bonae famae; tunc enim per hunc supplebitur defectus, et inabilitas laici,

et amborum testimonia facient plenam fidem; Laym. *in c. de cetero cit. n.* 3.

51

5. Denique testificari adversus se invicem prohibet *specialis conjunctio*, aut *sanguinis*, aut *officii*, aut *negotii*. Et ex hoc capite 1. prohibentur parentes adversus liberos, et liberi adversus parentes; *can. si testes* 3. *vers. parentes caus.* 4. *q.* 3. *l. parentes* 6. *cod. hoc tit.* quia inter ipsos intercedit nimia necessitudo; et liberi reverentiam debent parentibus, ob quam periculosum est eorum testimonium. 2. Frater contra fratrem, socer contra generum, uxor contra maritum, vitricus contra privignum, et e contra ob eandem rationem. Pro conjugibus militat etiam specialis ratio, ne videlicet concordia conjugalis laedatur, et inde plurima mala in matrimonio consequantur. 3. Liberti contra patronum; *can. episcopus* 58. *caus.* 12. *q.* 2. *can. si testes cit.* §. *liberti*, *l. testium* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. hoc tit. l. libertorum* 12. *cod. eod.* Quod extendunt DD. a paritate rationis etiam ad vasallum contra dominum ordinarium, nisi ipsimet domini praefati consentiant, aut alia sit causa justa. 4. Patroni causarum, seu advocati contra suos clientes; *can. testium cit.* §. *patroni cap. insuper* 6. *h. tit. et l. fin. C. eod.* quia cliens patrono suo omnia litis secreta communicat. Igitur indignum videtur, ut patronus in eadem causa contra datam prius fidem adversus clientem suum testificetur. 5. Tutores, vel curatores contra pupillum, vel minorem, si controversia dependeat ex iis rebus, quarum notitiam tutor, qua tutor accepit; *l. fin. cit.* quia in favorem pupilli introductum est, ut res eorum per tutores diligentius inspiciantur: quod in odium illorum detorqueretur, si hac scientia ad testificandum contra ipsum pupillum uti possent. 6. Administratores, syndici, et actores respectu negotiorum, quae tractarunt, ob eandem rationem.

52

Interim tamen et hi, et alii testes minus idonei, modo non sint absolute inhabiles, ad testimonium dicendum contra eos, contra quos alias regulariter non possent, admittuntur in pluribus casibus. 1. In criminibus exceptis; nam in his etiam pater ad testificandum contra filium, et filius adversus patrem a judice cogi quandoque potest; Laym. *in c.* 22. *h. tit. n.* 3. 2. Si producantur ad defensionem, et probationem innocentiae, nisi inhabilitas resultaret ratione infamiae; testes enim probantes innocentiam debent esse bonae famae, ut probent integre; Farin. *prax. q.* 62. *n.* 90. *et. seq.* 3. Si ad impediendum peccatum probanda est, v. g. consanguinitas, affinitas, vel aliud simile impedimentum, inter personas matrimonio conjungendas intercedens; *cap. super eo* 22. *hoc tit.* Farin. *n.* 99. 4. Si tantum pro-

cedatur summarie, et exactae probationes non requirautur, ut cum duobus de ejusdem rei possessione contendentibus, ne ad arma, et manus veniatur, proceditur ad sequestrationem; et generaliter in omnibus judiciis, in quibus leves et apparentes probationes sufficiunt; Farin. *n.* 193. 5. Si testis inhabilis a partibus rogatus deponat testimonium; quia rogatio partium est approbatio, et sic attestationes invalidae; partium consensu robur accipiunt; Myns. *cent.* 4. *obs.* 3. Hiltr. *p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 2. *n.* 18. Idem dicendum, si litigans ad productionem testium legitime citatus, contra ipsos non excipiat, cum posset, nec judex ex officio eosdem repellat; Farin. *n.* 175. Poterit tamen hoc casu opponi contra dictum talis testis, licet opponi nequeat contra personam; quia licet personam sciverint partes, ignorabant tamen, quid testes essent dicturi. 6. Si veritas aliter omnino, vel non ita bene cognosci potest; *arg. c. veniens* 38. *fin. hic l. divus* 6. *pr.* ibi: *sed si aliter veritas ff. de quaest.* Farin. *n.* 50. Debet tamen hoc casu is, qui minus idoneos testes adducit, probare, quod alios habere nequiverit; quia adversarius intentionem suam a jure communi fundatam habet, nempe testes inhabiles a testificando arcendos esse, quamdiu acceptio non ostenditur; Myns. *cent.* 5. *obs.* 13. Hiltr. *n.* 1. Intellige, si reus, contra quem ejusmodi testes producuntur, sit alias bonae conditionis, et famae, secus, si conjecturae, et vehementia indicia contra eundem militarent.

53

Quantum vero in his, et similibus casibus istorum depositionibus tribuendum sit, judex ex circumstantiis personarum, et causae arbitrari debebit. Contra eum, a quo producuntur, in eadem, imo etiam in diversis tam criminalibus, quam civilibus causis singulae semiplene, ac proinde duae plene probant; *can. si testes* 3. §. *siquis prop. fin. caus.* 4. *q.* 7. *et l. siquis* 17. *C. h. tit.* Bald. *ibid. in summ.* regulae instar tradens, personam ab aliquo firmatam in actu uno, firmatam censeri in omni causa, ut ab eo nequeat reprobari; Farin. *q.* 62. *cit. n.* 211. At contra eum, contra quem producuntur, non sunt fidei integrae, neque semiplenam singulae, aut plenam duae conjunctae, sed aliqualem duntaxat probationem et praesumptionem, seu indicium faciunt; Farin. *n.* 73. *et seq.* Potest tamen fidei defectum in hujusmodi personis, ut in causis non valde arduis ad condemnationem, et in criminalibus saltem ad torturam sufficiat, supplere non tantum magna fides et excellens habilitas contestis omni exceptione majoris, sed etiam minus idoneorum numerus, puta, si de eodem actu unus integre, et valde excellentis fidei, et duo minus habiles; vel hujusmodi quatuor, aut plures testes deponant; uti etiam si dicta talis testis, qui minus est habilis, adjuventur per alias prae-

sumptiones verisimiles, et adminicula; Farin. *a n.* 328. Vvies. *hic n.* 43.

54

Quaeritur 3. quinam in certis causis, et in quibus testimonium prohibeantur dicere? Resp. Hujus generis iterum complures sunt sortes.

Et 1. quidem *minor* 20. *annis* in causa criminali, ut expresse habetur *l. in testimonium* 20. *ff. h. tit.* et docent Farin. *prax. q.* 58. *n.* 16. Hiltr. *part.* 3. *t.* 9. *c.* 2. *n.* 3. Vvesenb. *ff. h. t. n.* 3. H. Canis. *in c.* 2. *eod. n.* 14. Vag. *ibid. vers. vilissimi,* Vall. *hic* §. 2. *n.* 26. Zoes. *n.* 7. Pirh. *n.* 75. Engl. *n.* 34. Idque nonnulli putant extendendum etiam ad causas civiles valde arduas, quae propter gravitatem in multis aequiparantur causis criminalibus. Excipiuntur casus *n.* 52. relati, in quibus admittuntur alii testes minus habiles; nam in his admittitur etiam minor; iis tamen casibus non sunt testes omni exceptione majores, ita, ut testimonium duorum plenam probationem, aut unius ex ipsis indicium ad torturam faciat, sed tantum praesumptionem, et aliquale indicium ad inquirendum adversus eum, contra quem latum est testimonium ejusmodi ab uno tantum minore; Farin. *q.* 58. *cit. n.* 34. *et* 44. Pirh. *hic n.* 75.

55

2. *Clerici, et religiosi* in causa sanguinis. Sumitur ex *can. testimonium* 9. *caus.* 11. *q.* 1. et observant Farin. *prax. q.* 61. *n.* 57. Vivian. *in c.* 14. *h. t.* Pirh. *hic n.* 59. Sann. *c.* 2. *n.* 29. et omnes ceteri. Statutum hoc est ob periculum irregularitatis; et procedit, etsi protestaretur clericus, se testificari citra inteutionem poenae sanguinis; est enim protestatio contraria facto, ut bene advertit Pirh. *l. cit.*

Dixi autem *in causa sanguinis*; nam 1. in causis civilibus, et criminalibus civiliter intentatis, vel quando non agitur de poena sanguinis, non prohibetur clericus ferre testimonium, in subsidium aliarum probationum, ne veritas occultetur, vel malus pro bono reputetur, ut habetur *can. quanquam* 2. *caus.* 14. *q.* 2. modo id fiat de licentia ordinarii, quamvis sine hac deposita testificatio valeat, cum licentia episcopi non ad valorem, sed tantum ad licentiam requiratur. 2. Potest clericus produci testis adversus laicum coram judice ecclesiastico, et in crimine ecclesiastico; Felin. *in c.* 14. *cit. n.* 1. Farin. *q.* 61. *cit. n.* 70. Pirh. *n.* 60. 3. Potest testificari etiam in causa sanguinis pro reo ad ejus defensionem, et innocentiam ostendendam; Felin. *n.* 3. Farin. *n.* 74. Pirh. *l. cit.* 4. Potest adhiberi testis in conficiendis testamentis, instrumentis, et quibuscumque contractibus laicorum; Farin. *n.* 64. et hoc verum est etiam sine licentia superioris, seu episcopi, saltem ex generali consuetudine.

l. cit. Neque obstat *can. fin. caus.* 14. *q.* 2. ubi cavetur, ne ipsi *in saecularibus negotiis pro testimonio, aut conficiendis instrumentis rogentur*; quia id solum procedit de honestate, et consilio, non vero de praecepto, et necessitate, vel si praeceptum fuit, per consuetudinem contrariam abrogatum est; Felin. *in c.* 12. *h. tit. n.* 3. *in fin.* Farin. *n.* 64. *cit.* Pirh. *n.* 60.

56

3. *Foemina*: nam haec de jure canonico, et in foro ecclesiastico regulariter testis esse in causa criminali criminaliter intentata nequit. Ita habetur *c. mulierem* 17. junct. glos. *V. nec testis caus.* 33. *q.* 5. *cap. forus* 10. junct. glos. *V. non foemina de V.S.* et docent Abb. *in c. forus cit. n.* 2. Felin. *ibid. n.* 1. Mascard. *concl.* 763. *n.* 1. Farin. *prax. q.* 59. *n.* 1. H. Canis. *summ. h. t. innotat lit. A.* Laym. *in c.* 3. *eod. n.* 6. Barb. *n.* 1. *et seq.* Vvagn. *V. si mulieres*, Pirh. *n.* 69. Vvies. *n.* 27. et alii communiter. Ratio est, quia mulier suapte natura est incostans, et mutabilis, atque hinc minus idonea reputata a SS. canonibus ad ferendum testimonium in causis criminalibus, in quibus, quia de gravissimo praejudicio agitur, desiderantur probationes perfectissimae.

Dixi 1. *regulariter*; nam in nonnullis casibus non minus, quam ceteri inhabiles ad testificandum admittuntur etiam ipsae in causa criminali, uti est 1. in criminibus exceptis: ubi foemina pro teste admittitur etiam de jure canonico 2. Si virorum testimonium haberi nequeat; nam ob defectum testium idoneorum admitti possunt testes alioquin inhabiles, ut dictum est *n.* 52. 3. Si judex ex officio procedat ad inquisitionem de crimine. 4. Ad defensionem rei, et innocentiam ejus ostendendam. 5. Si civiliter agatur de crimine.

57

Dixi 2. *de jure canonico, et in foro ecclesiastico.* Nam de jure civili, et in foro caesareo foemina potest esse testis etiam in causa criminali criminaliter intentata, ut notant DD. *supra cit.* et constat ex *l. qui testamento* 20. §. *mulier* 6. *ff. qui testam. fac. pos.* ubi testimonium earum generaliter admittitur, solo testamento excepto; *l. testium* 4. §. *lege Julia* 5. *ff. h. t.* ubi illa solum foemina, quae palam quaestum corpore suo fecit, removetur a testimonio dicendo; ac proin ceterae foeminae honestae admittuntur; *l. ex eo* 18. *ff. eod.* ubi in judicio adulterii a testimonio dicendo repellitur damnata ejusdem criminis, reliquae vero expresse recipiuntur. *Neque dicas ex l.* 18. *cit.* probari nimium; cum enim lex ista inserta reperiatur corpori juris canonici *can. ex eo* 2. *caus.* 15. *q.* 3. et cons. canonizata videatur, probaret etiam de jure canonico admittendas esse foeminas ad testimonium ferendum in causa criminali; nam ut bene advertit

glos. *ibid. V. testimonium*, non aliter incorporata est decreto Gratiani, quam ut mulier testificari possit in causis civilibus, non autem in criminalibus secundum canones *supra cit.* et intellectum eorum ex mente interpretum. *Neque obstat*, quod inconstantia, et mutabilitas foeminarum, quam pro ratione responsionis assignavi *n. praec.* videatur probare, neque in foro civili admittendam pro teste in causa criminali; quia hoc tantum probat, quod etiam de jure civili repelli potuerit ob rationem istam, non vero, quod actu repellatur hoc jure. Accedit, quia inconstantiae vitium, quod foeminis plerumque, et secundum naturam inest, corrigere potest prudentia, qua mulier saepe praeter naturam pollet: quod si fiat, nihil est, quod ipsam in foro civili arceat. In ceteris ex incostantia earum hoc solum conficitur, quod judex admittens mulierem ad testimonium in causa criminali uti majore circumspectione debeat, et diligentius illam examinare, num forte non variet. Porro discrimen istud inter jus canonicum, et civile non est inutile; nam ex eo intelligitur, quod casu, quo lis est in foro civili in terris imperii, observandum sit jus civile, et foemina etiam in causis criminalibus ad testimonium dicendum admittenda; repellenda vero in istis, quando agitur in foro ecclesiastico, vel contra reum in terris pleno jure subjectis ecclesiae, cum ibi jus canonicum observandum sit.

58

Dixi 3. *in causa criminali criminaliter intentata;* nam in civilibus, et criminalibus civiliter intentatis mulier a testimonio dicendo non repellitur: et hoc verum est tam jure canonico, quam civili. Ita glossa *in can. si testes* 3. §. *hermaphroditus caus.* 4. *q.* 3. glos. *in c. forus cit. V. foeminae* et patet de jure civili quidem ex *l. cit. n. praec.* de canonico autem ex *can. ex eo cit.* junct. gloss. *V. testimonium*, *et can. videtur* 2. *caus.* 35. *quaest.* 6. ubi dicitur, quod in causa matrimoniali, quae inter civiles gravissima est, quando accusatur matrimonium ob propinquitatem, adhiberi debeant testes utriusque conjuncti. Neque obstat *can. mulierem*, *et c. forus citt.* quibus absolute dicitur, quod mulier testis esse non possit; nam horum textuum generalitas reducenda est ad causas civiles, ut sic minus recedatur a jure civili, et textus *citt.* cum aliis canonibus componantur. Sunt tamen aliqui casus, et causae civiles, in quibus neutro jure foemina pro teste admittitur. Et quidem 1. in causa feudali; *l.* 2. *feud. tit.* 32. *in fin.* nisi sit foemina illustris, et habeat feudum sub se; Pirhing *hic n.* 67. 2. In instrumentis publicis contractuum; Farin. *prax. quaest.* 59. *n.* 47. *et* 48. Layman. *in cap.* 3. *hoc tit. n.* 4. Pirhing *loc. cit.* nisi constet e. g. ex notarii relatione a contrahentibus vocatam, et rogatam esse; nam testes instrumentarii

alias non idonei, modo non omnino sint inhabiles ad actus publicos, per ejusmodi rogationem partium idonei fiunt, eo quod illae favori huic suo renuntiare possint. 3. In testamento solemni; §. *testes autem* 6. *inst. de testam. ordin.* Proceditque hoc, etsi partes consentiant; quia solemnitates testamentorum ob publicum favorem sunt introductae, ut colligitur ex *l. nemo* 55. *ff. de legat.* 1. ubi dicitur, quod testator *cavere non possit, ne leges in testamento suo locum habeant.* Excipitur, quando in tali testamento adhibetur clausula codicillaris; tunc enim valebit ut codicillus; in codicillo enim et aliis ultimis voluntatibus minus solemnibus foemina secundum communem adhiberi ut testis potest. Denique in ceteris casibus, ubi mulier pro teste admittitur, semper minus probat, quam masculus: et hinc si ex una parte sint duo masculi, ex alia duae foeminae, masculorum testimonium praevalebit; Abb. *in cap. forus cit. n.* 3. Layman. *in cap.* 3. *hoc tit. n.* 5. Vvagnerck *in cap.* 2. *eod. not.* 3. quod maxime verum est, quando causa, quae agitatur, est ardua, et magni momenti; quia tunc, etsi admittatur, ob mutabilitatem tamen, et inconstantiam censeri non debet esse testis omni exceptione major; Layman *loc. cit. n.* 1. Farin. *quaest.* 59. *cit. n.* 37. *et* 38.

59

4. In causis universitatis ii, qui sunt de corpore universitatis: ubi tamen utendum distinctione insinuata *cap. insuper* 6. *hoc tit.* et videndum, an causa universitatis solius communitatis commodum universale spectet, uti sunt theatra, praetoria, stadia etc. vel cum agitur de legato civitati relicto pro aedificiis extruendis, vel ecclesiae pro ejus reparatione etc. an vero spectet etiam commodum particulare singulorum, et cons. cum alicujus, vel aliquorum utilitate conjuncta sit, ut quando agitur de praedio spectante ad communitatem, unde singuli de collegio vivunt, si de pascuis, aut silvis caeduis, in quibus singuli oppidani jus pascendi, aut ligna caedendi habent etc.

Si hoc secundum, tunc ii, qui de communitate sunt, non sunt testes idonei in ea causa; quia testificarentur in causa quodammodo eorum propria, cum in effectu agatur de proprio eorum commodo; Felin. *in cap. insuper cit. n.* 6. Gonzal. *ibid. n.* 7. Farin. *prax. quaest.* 60. *n.* 496. Pirh. *hic n.* 102. Limitant responsionem hanc Gonzal. *loc. cit. n.* 6. P. Konig *hic n.* 38. P. Schmier *process. judic. cap.* 9. *n.* 31. *et* 32. si communitas sit profana; nam si ecclesiastica sit, sive clericalis, sive regularis, possunt probabilius clerici, et religiosi in causa communitatis attestari, tametsi, quod ex redditibus, et proventibus ecclesiae, vel monasterii sustententur, com-

modum ex illa causa directe sentiant. Quod saltem verum est casu, quo testes extranei plane deficiunt, et is, qui testimonium dicturus est, vicem procuratoris, advocati in causa ecclesiae, vel monasterii sui non sustinet. Ratio est tum, quia ecclesiae, vel monasterii jura nemo melius perspecta habent, quam ipsi clerici et religiosi; tum quia ob statum suum non praesumuntur ita facile se contaminaturi perjurio. Quibus accedit authoritas juris; *cap. insuper cit. cap. cum nuntius* 12. *hoc tit. et cap. etsi Christus* 26. *in fin. de jurejur.* in quibus aperte, et generaliter declaratur, quod clerici, et religiosi in causa suae ecclesiae, et monasterii possint testimonium ferre, iis tantum exceptis, qui in tali casu tanquam procuratores ad agendum, vel respondendum destinantur,

60

Si primum, et causa civilis sit non valde ardua, produci possunt, et fidem faciunt testes producti ex ipso corpore universitatis; Abb. *in cap. insuper cit. n.* 2. Felin. *ibid. n.* 1. Barbos. *n.* 2. *et seqq.* Laym. *n.* 1, *et seqq.* Gonzal. *a n.* 4. Farin. *prax. quaest.* 60. *n.* 450. *et seqq.* Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 2. *n.* 10. Vvesenbec *ff. hoc tit. n.* 3. Zoes. *hic n.* 4. Pirh. *a n.* 99. Engl. *n.* 37. Konig *n.* 32. et novissime illustriss. D. Vincent. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 407. *n.* 25. Patet aperte ex textibus *cit. n. praec.* Ratio est, tum quia, ut dictum est, ea, quae universitatis sunt, melius, quam alii, imo fere soli sciunt; tum quia nullo jure prohibentur: nam si prohiberentur, prohiberentur, quia viderentur testificari in causa propria. Non autem in causa propria testificantur; nam aliud jus est universitatis, et aliud jus singulorum: imo contraria sibi sunt, ut colligitur ex *l. sicut* 7. §. 1. *ff. quod cujusq. univers. nom.* ibi; *Siquid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.*

Extenditur hoc 1. etiam ad praelatum, ut is testis esse possit in causa suae ecclesiae, vel monasterii, ut colligitur ex *c. insuper cit.* nisi aut per se, aut per procuratorem a se constitutum agat eandem causam; tunc enim censeretur testificari in causa proria. Si tamen curator, qui causam universitatis agit, sit constitutus a praelato, et conventu simul, nihil impedit praelatum in ea causa testificari; quia adhuc procurator censetur agere causam non praelati, sed communitatis. *Extenditur* 2. ad membra cujusvis alterius communitatis, vel universitatis, nisi valde parva illa sit, et paucis admodum membris constans: tunc enim, qui a communitate in testem producitur, censetur domesticus, et familiaris, qui ut *n.* 35. dixi, prohibetur testimonium dicere pro domo sua. *Extenditur* 3. etsi aliquod modicum commodum ex illa causa redundet in singulos; nam

si testes sint talis integritatis, ut excludant a se suspicionem pejerandi pro exigua illa utilitate, admittendi sunt; Card. de Luca *de judic. disc.* 32. *n.* 46. Caesar. de Grassis *de testib. decis.* 81. *n.* 8. Petra *tom.* 2. *cit. fol.* 410. *n.* 32. Hoc autem interesse quale, et quantum esse debeat, relinqui debet arbitrio judicis, ut idem Petra *l. cit.* notat.

61

Dixi autem 1. *in causis civilibus*; nam in causa criminali membrum universitatis non potest adduci pro universitate, ut notat Abb. *in c. insuper cit. n.* 3. Felin. *ibid. n.* 4. Farin. *q.* 60. *cit. n.* 509. Pirh. *n.* 103. Ratio est, quia cum ejusmodi causa sit valde ardua, et maximi praejudicii, exactissimae probationes ordinarie requiruntur. Tales autem non sunt plerumque, quae a membris universitatis habentur, ut paulo post dicetur. Dixi 2. *si non sit valde ardua*; nam si causa civilis valde ardua sit, testes ex eodem collegio adducti repellendi sunt; quia aequiparatur causae criminali. Felin. *loc. cit. n.* 5. *fin.* Farin. *n.* 151. Gonzal. *in c. insuper cit. n.* 7. Pirh. *hic n.* 103. Card. de Luca *de judic. disc.* 32. *n.* 46. Petra *tom.* 2. *cit. n.* 409. *n.* 31. *vers. imo multoties.* Talis causa valde ardua esset, si ageretur de praeminentiis, jurisdictionibus, et aliis rebus honorificis ipsius universitatis, et signanter in causis confinium inter unam, et alteram universitatem. Ratio est, quia in his majorem affectionem, et (ut verbis card. de Luca *loc. cit.* utamur) rabiem habent, quam in propriis, et peculiaribus causis; Hoc autem intelligendum est, quando lis est universitati contra extraneum; nam si universitas, e. g. capitulum, ageret contra praelatum, vel canonicum ex suo gremio, etiam in causa criminali, vel civili valde ardua potest in testem produci alius canonicus; Felin. *n.* 4. Vvagnereck *ibid. not.* 3. Dixi 3. *fidem faciunt*: intellige, non omnimodam; nam ejusmodi testes, ex corpore universitatis producti, in causa ejusdem non sunt testes omni exceptione majores, quia negari non potest, quin aliqua affectio insit ei, qui pro jure patriae, aut universitatis, cujus pars est, testificari debet; Farin. *n.* 536. Vvagn. *loc. cit. not.* 2. Vviest. *hic n.* 34. Hinc si ex adversa parte duo testes de contrario deponant, his major fides habebitur. *Excipe*, nisi agatur de gestis per ipsam universitatem, vel collegium, puta de electione, tractatu, vel consensu capitulari in alienationem; haec enim melius nosse censentur ii, qui sunt de collegio, ideoque testes magis idonei reputantur; Laym. *in c. insuper cit. n.* 5. Gonzal. *ibid. n.* 9. Farin. *n.* 539. Petra *loc. cit. n.* 31. Ceterum quanta fides in quovis casu ejusmodi testibus de corpore universitatis productis, adhiberi debeat, statui regula universalis non potest, sed arbitrio judicis relinquendum est,

qui consideratis personis, et negotiis, affectu, et interesse proprio, aliisque circumstantiis, quod aequum fuerit, statuet.

62

5. Denique nemo est testis idoneus in causa propria; Vivian. *in cap. insuper* 6. *hoc tit.* Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 2. *n.* 7. Vvesembec. *ff. hic n.* 3. Henr. Canis. *in c.* 1. *eod. n.* 24. Vallens. §. 2. *n.* 6. Zoes. *n.* 4. Pirh. *n.* 79. Engl. *n.* 39. Konig *n.* 31. et novissime R. P. Schmier *process. judic. c.* 9. *n.* 28. et habetur *l. nullus* 10. *ff. et l. omnibus* 10. *C. h. tit.* Ratio est quia testis debet carere omni suspicione falsitatis. Hac non caret testis in causa propria; nam quilibet praesumitur magis affectus esse erga suam causam, quam erga alienam. Dicitur autem *in causa propria testificari* ille, ad quem emolumentum, vel damnum ex causa pertinent, ita, ut si testificetur, percipiat commodum, si id non faciat, patiatur damnum; P. Vviest. *hic n.* 30. cum communi. Ex hoc capite repellitur.

1. Qui *consimili morbo* laborare a parte adversa convictus est, seu qui habet causam consimilem ei, ad quam testis producitur; *c. personas* 20. *hoc tit.* Ratio est; quia non aliter testimonium dicturus praesumitur, quam in favorem partis, cum qua similem causam, seu litem habet, ne videlicet praejudicet causae. Hinc etiam repellitur judex a judicando, si similem cum partibus causam habeat, ut colligitur ex *c. causam quae* 9. *de judic.* et advertit Vivian. *in c. personas cit.*

63

2. *Haeres* in illo testamento, in quo ipse constituitur haeres; §. *sed neque* 10. *inst. de testam. ordin. l. qui testamento* 21. *prin. ff. qui testam. fac. poss.* Ratio indicatur §. *cit.* quia *hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi causa, creditur inter testatorem, et haeredem agi;* nemo autem potest esse testis in negotio, quod cum alio gerit, et quod suum, non alienum esse cognoscitur. Dixi *haeres*, nam legatarius (idem dic de fidecommissario particulari) non prohibetur esse testis in testamento, in quo ipsi legatum relictum est; *l. qui testamento cit. et* §. *legatariis* 11. *inst. tit. cit.* ubi etiam ratio additur; *quia non juris successores sunt*, h. e. non jure directo, et universali titulo succedunt, sicut haeredes, sed tantum rerum sibi legatarum successores sunt. *Neque obstat*, quod legatarius ex testamento reportet commodum; nam hoc speciali favore legatariis concessum est; et hoc ideo, quia ceteris testibus invitis negotium geri potest, testamentarii autem sunt, et debent esse voluntarii, et rogati; nemo autem facile adduceretur ad ferendum testimonium, si ex testamento nihil consequi posset.

64

3. *Judex* in causa, quam judicat, vel judicavit; *can. nullus* 1. *et can. seq. caus.* 4. *q.* 4. *c. forus* 10. *vers. in omni de V. S. c. dilecto* 40. *hoc tit.* et hoc tum ob praesumptam affectionem, tum quia judex, actor, reus, et testis in judicio debent esse distinctae personae. Hinc si testimonium judicis delegati sit necessarium parti, debet is removeri a judicando, et alius subrogari, si ita pars, quae testimonio illius indiget, petat, ut bene advertit Abb. *in cap. dilecto cit. num.* 3. *not.* 3. Viviau. *ibid. in ration.* Pirh. *hic num.* 88. Ratio est, quia probationum copiae est favendum; facilius autem reperiuntur 100 judices, quam unus testis; gloss. *in cap.* 35. *vers. cum sunt de offic. deleg.* quare ne jus partis ex defectu probationum pereat, per alterius judicis substitutionem eidem succurri debet. *Proceditque hoc* 1. ut ne quidem in secunda instantia admittatur testis qui judex fuit in prima; quia praesumitur affectus erga causam, quam judicavit, velleque tueri suam sententiam. *Procedit* 2. de arbitrio; quia arbitria ad judiciorum formam redacta sunt, et quia non minorem arbiter affectionem ad causam habere censetur, quam judex. *Procedit* 3. etiam de assessoribus ob similem affectionem.

Actor in causa, quam ipsemet agit, *can. nullus* 1. *et can. seq. caus.* 4. *quaest.* 4. *cap. forus* 10. *vers. in omni de V. S.* quia causa illa est propria actoris, qui ob affectionem erga illam merito suspectus est. Idem dicendum de denuntiatore, si denuntiet judicialiter, et in causa gravi, et multum praejudiciali; Abb. *in cap.* 4. *hoc tit. num.* 4. Laym. *ibid. num.* 2. Farin. *quaest.* 62. *cit. numer.* 75. *proceditque hoc*, sive privata sit denuntiatio, sive publica; nam si privata est, proprium interesse spectat; si publica, ad poenam, et vindictam de eo, qui defertur, sumendam fere, ut accusatio, tendit, et hinc ut accusator, ita et ipse testis esse non potest. Dixi autem, *si denuntiet judicialiter*; nam si evangelice, aut etiam canonice alterum denuntiet, admittitur, tanquam non specialiter affectus ad causam, utpote quae non ipsius, sed denuntiati, cujus utilitatem specialiter intendit, est propria; *cap. in omni* 4. et ibi Barbosa *num.* 5. *hoc tit.* Addidi *in causa gravi*; nam in criminibus, levibus si denuntiator non alio ex capite suspectus sit, adhiberi potest ut testis, ita, ut cum uno, vel pluribus aliis testibus probet delictum, et exinde sententia condemnatoria ferri potest; Abb. *in cap.* 4. *hoc tit. num.* 4. Laym. *ibid. num.* 3. Pirh. *num.* 86. Quod maxime verum est, si denuntiator sit officialis ad observanda, et denuntianda crimina deputatus; nam huic major habetur fides. Hinc si cum juramento testificetur vera esse quae denuntiat, et reddat

causam scientiae, v. g. quia oculis vidit, etiam in gravioribus fidem facit, poteritque super ejus dicto formari inquisitio, quae ex denuntiatione denuntiatoris privati, nisi alia accedant indicia, formari non potest.

65

Procurator, vel *advocatus* in causa, quam procurat; *cap. dilecto* 4. *hoc tit. cap. fin. eod. in* 6. *l. ult. ff. dict. tit. proceditque hoc* 1. etsi paratus sit deponere, vel deposuerit munus procuratoris, vel advocati; quia nihilominus censetur affectus esse ad causam, quam semel agendam, vel defendendam suscepit. *Procedit* 2. ut neque testis esse possit in secunda instantia; *cap. fin. cit.* quia licet causa appellationis secundum quid sit diversa a principali, simpliciter tamen est eadem. *Procedit* 3. etiam de tutore, curatore in causa sui pupilli, vel minoris; item de administratore et syndico; nam et ipsi commodum aliquod, vel honorem saltem, aut gratiam inde consequi possunt.

66

6. *Mediator* in negotio, in quo fuit mediator; *cap. mediatores* 1. *hoc tit. in* 6. quia affectus censetur ad negotium illud perficiendum, confirmandum, et approbandum. *Excipitur* 1. si ambo litigantes consentiant. 2. Si de veritate aliter constare nequeat. 3. Si mediator adhibeatur non ad probandum validitatem contractus, sed ad hunc infirmandum; quia tunc cessat suspicio affectionis.

67

7. *Fidejussor* in causa, in qua fidejussit, contra creditorem debitoris, pro quo fidejussit; *arg. l. a sententia* 5. *princ. ff. de appellat. et l. ideo* 3. *ff. de compensat. Proceditque hoc*, etsi debitor solvendo sit. Ratio est, quia de illius commodo agi videtur; nam fidejussoris interest, quod agitur in causa debitoris.

8. *Venditor* pro emptore, *donator* pro donatario, *cedens* pro cessionario; quia tenentur de evictione *l. ex empto* 11. *ff de actio. empt.*

9. *Socius* sive omnium bonorum, sive partis tantum, communis tamen, pro socio; quia ad sui utilitatem deponeret, cum commodum, et detrimentum sit commune, ut utriusque eadem sit defensionis causa.

10. Denique omnes illi, qui ex testimonio ferendo commodum, aut si non testificentur, damnum reportaturi sunt, nisi illud sit modicum; nam tale si sit, pejeraturi ob illud non praesumuntur.

§. III.

De numero, productione, et juramento testium.

SUMMARIUM

68

Quaeritur 1. quot requirantur testes ad probandum? Resp. Ordinarie ad probationem rei gestae requiruntur, et sufficiunt duo contestes idonei, et omni exceptione majores. Constat ex *Deut.* 17. *vers.* 6. *et* 19. *vers.* 16. Matth. 18. *vers.* 17. ubi dicitur, quod *in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum.* Consonat utrumque jus: canonicum quidem *can. si testes* 3. §. *ubi numerus caus.* 4. *quaest* 3. *cap. in omni* 4. *et cap. licet* 23. *hoc tit.* civile autem *l. ubi numerus* 12. *ff. et l. jurisjurandi* 9. *cod. eodem.* Ratio est, quia difficile est duos ita corrumpere, ut non ex alio signo appareat falsitas.

Dixi 1. *ordinarie sufficere*: sunt enim casus, in quibus ss. canones, et jura caesarea ad quandam solemnitatem requirunt majorem numerum. Et 1. quidem in testamento solemni, ubi septem, et in codicillo, ac aliis voluntatibus ultimis, ubi quinque desiderantur. 2. Cum quis debitum in scriptis relatum sine scriptis probare vult se exsolvisse; quia tunc adhiberi debent quinque testes idonei; *l. testium* 18. *cod. h. tit.* 3. In causa matrimonii propter impotentiam dissolvendi; quia ad hanc probandam necesse est, ut tam vir, quam mulier cum septem propinquis, aut vicinis jurent, quod invicem co-

habitando matrimonium consumare nequiverint; *cap. laudabilem* 5. *et cap. litterae* 7. *de frig. et malef.* 4. In purgatione canonica, in qua requiruntur plures, quam duo, quod ibidem testes compurgatores jurent de credulitate tantum; *can. si legitimi* 12. *can. omnibus* 19. *caus.* 2. *q.* 5. *cap. cum P.* 10. *de accus. cap. inter sollicitudines* 10. *et cap. cum in juventute* 12. *de purg. caus.* 5. Olim contra praesulem, seu cardinalem episcopum testes 72. contra presbyterum cardinalem 44. contra cardinalem diaconum 27. contra subdiaconum, acolythum, exorcistam, lectorem, et ostiarium septem requirebantur, ut condemnari possent; *can. praesul.* 2. *et q. cit.* quod tamen hodie teste Pirh. *hic n.* 108. Konig *n.* 69. non amplius observatur, praeterquam quod etiam nunc perfectiores, et pleniores probationes requirantur tam adversus clericos, quam saeculares, praesertim ubi agitur de illorum fama, ut recte observat Konig. *loc. cit.* Plures alios casus referunt Durand. *specul. de teste* §. 11. *a n.* 1. Everhard. *de testib. part.* 6. *cap.* 3. *n.* 5. Farin. *prax. q.* 63. *n.* 239.

69

Dixi 2. *ordinarie requiri duos testes*; nam regulariter unius testimonium non sufficit, nec facit plenam fidem, ut inde ferri sententia possit, prout sumitur ex *deut.* 19. *vers.* 15. et deciditur *cap. veniens* 10. *cap. licet* 23. *et cap. cum a nobis* 28. *h. tit.* item *l. jurisjurandi* 9. *cod. eod.* Ratio est, quia plerumque periculum subest, ne unus homo non satis sincere deponat, vel non satis vere, cum facile, aut per errorem decipi, aut ex malitia et sua, et aliorum corrumpi possit. Hinc jura praeclusura viam fraudibus absolute statuerunt uni testi non esse credendum; et propterea regula apud JCtos est; *dictum unius dictum nullius. Et extenditur hoc* 1. ad testem quemlibet, etsi omni exceptione major, et praecellentis sit dignitatis; nam etsi talis depositione sua semiplenam probationem faciat, non tamen plenam, nisi aliis adminiculis adjuvetur. *Extenditur* 2. etiamsi non agatur de illius commodo, vel incommodo; Pirh. *n.* 111. *Extenditur* 3. ut neque statuto, vel consuetudine, aut constitutione principis, vel ipsius papae generaliter induci possit, ut in quibuscunque controversiis ad alteram partem convincendam sufficiat unius testimonium; quia videtur repugnare juri divino, et aperiret occasionem liberam calumniandi, pejerandi, et innoxios opprimendi; Barbos. *in cap. in omni* 4. *hoc tit. n.* 3. Vvagnereck *in cap. eod. V. nec unius testimonium*, Pirh. *n.* 110. Neque obstat *cap. in omni cit.* ubi videtur dici, quod principalis persona, quae aliquid affirmat, si habeat unum testem, plene probet; nam hoc intelligendum est procedere in causa denuntiationis, quae fit ad correctionem alicujus de-

linquentis, ubi ipsius denuntiantis nullum interesse, vel commodum versatur.

70

Sunt tamen casus non pauci, in quibus unicus, et singularis testis admittitur, eique creditur. Et 1. quidem in causis, quae in nullius praejudicium, sed in alicujus, vel aliquorum favorem cedunt, ut cum quaeritur, an ecclesia aliqua sit consecrata, an moribundus petierit confessarium, an defunctus fuerit baptizatus, catholicus etc. an quis legitimam aetatem habeat ad suscipiendos SS. ordines, an sit clericus, doctor etc. Fagn. *in cap.* 33. *hoc tit. n.* 5. Laym. *ibid. n.* 3. Barbosa *in cap.* 4. *cit. n.* 6. Idem dic, cum leviores sunt causae, et summariae, in quibus non agitur de magno praejudicio tertii. 2. in causa matrimoniali, quando agitur de impediendo matrimonio ob impedimentum dirimens; nam si sola mater sponsi, vel sponsae asserat intercedere consanguinitatem inter illos, conjungi non debent, ut habetur *cap. super eo* 22. *hoc tit.* et notant *ibid.* Vivian. *in ration. V. et ad dictum*, Laym. *n.* 3. Barb. *n.* 9. Vvagn. *not.* 1. Ratio est, quia per depositionem unius testis res dubia redditur; in tali autem dubio tutius est abstinere a matrimonio, quam ut illud forte nulliter contrahatur, et cognito impedimento separari debeat. 3. pro foro conscientiae, et ad effectum evitandi peccatum, modo fama, et contraria testimonia non adsint. Hinc siquis asserat certo loco privilegium esse per quadragesimam comedendi lacticinia, potest hoc audiens, si fide dignus sit ille qui dixit, frui privilegio illo; Konig *n.* 62. 4. si agitur de rei defensione, et probanda ejusdem innocentia, modo in contrarium non stent alii testes; alias istis crederetur, si idonei forent, quia, ut Stephanus papa V. *can. admonere* 8. *caus.* 33. *q.* 2. relatus inquit, *nec evangelium, nec ulla divina, humanaque lex unius testimonio etiam idoneo quempiam condemnat, aut justificat.* 5. si utraque pars litigantium consentiat, ut in certo aliquo negotio unius certae personae testimonio habeatur fides; Mynsing. *cet.* 5. *obs.* 26. qui hoc ipsum ait observatum in camera. 6. si testator in testamento cavit, ut in rebus haereditatem spectantibus unius declaratione stetur; *l. Theopompus* 18. *ff. de dot. praelegat.* 7. si alicujus peregrinae linguae peritus scripturam illa exaratam interpretetur, et alii interpretes haberi nequeant; *l. stipulatio* 1. *§. fin. ff. de V. O.* 8. si officialis, aut minister publicus testetur de actu a se gesto, ut si notarius de instrumento a se confecto, apparitor de citatione insinuata; *cap. cum parati* 19. *et ibi* gloss. *V. suus nuntius de appellat.* 9. si artifex peritus in sua arte ferat judicium, et censuram circa objectum suae artis, et plures periti in eodem loco facile haberi nequeant; hinc creditur chirurgo testificanti, an vulnus fuerit

lethale, vel non; *in cap.* 4. *h. tit. n.* 50. 10. si summus pontifex, imperator vel alius princeps, superiorem non recognoscens, de re, aut facto aliquo perhibeat testimonium; Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tract.* 4. *n.* 284. Videantur Durand. specul. *tit. de teste* §. 11. *a n.* 7. Farin. *prax. q.* 62. *a n.* 18. Barb. *in cap.* 4. *cit. n.* 4. *et seq.* Pirh. *n.* 110. *et seq.* Engl. 58. Konig *a n.* 60. Vviest. *n.* 70. *et* 71.

71

Dixi 3. *quod debeant esse idonei*, *et omni exceptione majores*, h. e. tales, quibus nec ratione personae, nec ratione dicti quidquam ad minuendam fidem opponi possit; nam si aliquid ex alterutro capite opponi iisdem possit, quod fidem minuat, etiam minuet probationem, nisi accessu aliorum testium, vel adminiculorum defectus suppleatur. Porro quid ratione personae opponi eisdem possit, §§. *praeced.* declaratum est. Ratione dicti opponi eisdem potest, quod sufficientem dicti causam non reddant, praesertim ubi hoc ab ipsis exigit judex; item quod sint singulares, sibi contrarii, vacillantes, vel de auditu tantum, ubi requiruntur testes de visu, aut deponentes de credulitate, ubi opus est, ut deponant de scientia etc. de quibus §. *sequenti a n.* 134.

72

Quaeritur 2. quomodo productio testium fieri debeat? Resp. Fieri solet in istum modum. Postquam reus ad positionem actoris negative respondit (idem est, si actor negative responderit ad exceptionem rei) et sic litis contestatio facta est, datur a judice utrique parti dilatio probatoria, ut eo tempore conquirere sibi instrumenta, et testes possit actor ad probandam intentionem suam, reus ad probandas exceptiones a se contra actorem et ejus intentionem factas.

Elapso dilationis tempore, ut tum in curia romana, tum in aliis bene constitutis tribunalibus, et Vicasteriis Germaniae, maxime in camera imperiali observatur, probaturus per testes, sive actor sit, sive reus, judici scripturam offert, qua capita intentionis suae complectitur, super quibus testes examinari velit. Haec scriptura in jure nomine *articulorum* venit; articuli autem isti hodiernis moribus sunt ipsae positiones ab adversario negatae. Formantur hoc modo: *intendo probare*, *quod fundum talem emerim tali die*, *tali loco*, *tali pretio a Titio possessore fundi*, *quod ostendam his instrumentis*, *his testibus,* quos etiam in scriptura nominat. Adhibetur scriptura, cujus observantiae haec est utilitas, quod inde securior reddatur producens testes, et sperare certius possit eosdem melius de rebus ad causam pertinentibus examinandos; juvatur etiam hac scriptura adversarius ad formanda melius interrogatoria, et praemuniendum se adversus producentem. Si in scriptura ista producens testes plures

articulos exhibuit, de quibus tamen omnibus testes omnes non habent notitiam, consuetudinis est, ut hoc ipsum indicetur a producente, et in eadem scriptura significet, qui testes hujus, qui alterius articuli notitiam habeant, ne judex superfluo labore in examinandis testibus super omnes articulos fatigetur, et processus prolongetur sine fructu.

73

Sic conceptam scripturam, et articulos ubi judex ab actore accepit, eos reo communicat in eum finem, ut si aliquas exceptiones habeat sive contra personas testium, sive contra ipsos articulos, opponere illas possit, vel si non habeat exceptionem, quam opponat, ut formare saltem interrogatoria sua possit, quibus exploret, an testis mereatur fidem, habeatque sufficientem negotii principalis notitiam; estque consuetudine introductum, ut is contra quem testes producuntur, petat terminum, eumque brevem, quo deliberare de exceptionibus opponendis, et concipere interrogatoria illa possit

Lapso termino exceptiones, et interrogatoria in scripto offeruntur judici, qui exceptiones quidem iterum actori communicat, non vero interrogatoria, et hoc ideo, ne testes subornare, et circa illa instruere valeat. Unde iis receptis, exceptionum quidem examen, si non absolute testem a testificando repellant, plerumque rejicit ad finem causae, de interrogatoriis autem nullo indicio actori facto, testes ab accusatore, vel actore nominatos citabit, et coget coram se certo die comparere, si in illos jurisdictionem habeat; vel si jurisdictionem in illos non habeat, quia v. g. habitant extra territorium judicis, vel alias a jurisdictione illius exempti sunt, per litteras, quas vocant *mutui compassus*, requiret judicem, cui testes subjecti sunt, ut ipse testes vel cogat venire ad locum judicii (quod in criminalibus de jure communi est necessarium) vel ut ipse testes super articulis, et interrogatoriis rite examinet, et depositiones illorum clausas, et sigillo suo munitas sibi transmittat. Quod maxime servatur in clericis, qui nec a judice laico citari possunt, nec ad illum ab episcopo suo dimitti, sed ab hoc, vel ipsius commissario examinari debent; *canon. quanquam* 2. *caus.* 14. *quaest.* 2. Ita communis curiarum, et tribunalium stylus.

74

Dub. 1. quae sit materia, et objectum, super quo testes produci possunt? Resp. Est factum ipsum causarum civilium, vel criminalium, et articuli actoris, seu interrogatoria rei; nam super his testes a judice examinari debent, et deponere testimonium, ut patet ex modo dictis.

Difficultas est, an testificari quis possit de iis, quae novit sub secreto; quae solvi debet ope distinctionis inter secretum sacramentale, et naturale.

De his, quae aliquis novit sub *secreto sacramentali*, nemo in ullo unqnam eventu, aut quavis utilitatis specie sine expressa poenitentis licentia testificari potest, aut ullo modo id revelare, ut omnium catholicorum est certa, et indubitata sententia; imo eo casu confessarius etiam juridice interrogatus poterit dicere se nihil scire; quia non dicitur scire ut homo, sed ut Deus, et ejus minister.

75

Si *secretum* sit *naturale*, videndum est, an illud specialiter alicui commissum, vel an nudum id sit, et non commissum, e. g. quia vidisti aliquem delinquentem, et ex post facto juratus promisisti te non revelaturum. *Si hoc posterius*, non obstante promissione jurata, teneris judici legitime de hoc interroganti crimen id revelare, ut deciditur *c. intimavit* 18. *et c. constitutis* 45. *hoc tit.* Ratio est, quia promissio tua, etiam jurata, praejudicare non potest juri, quod judex habebat jam ante promissionem tuam interrogandi te de ea re. *Si prius sit*, et secretum commissum tibi sit, tuque promiseris celationem illius expresse, vel tacite, non potes id patefacere, aut testificari de illo, etsi judex sub juramento interroget, et delinquens laboret infamia circa id crimen, quod is tibi commisit secreto. Colligitur ex illo *Prov.* 11. *Qui ambulat fraudulenter, revelat arcana; qui autem fidelis est, celat amici commissum.* Ratio est, quia servare secretum commissum est juris naturalis, cui praejudicare nequit praeceptum judicis. Idem dicendum, siquis notitiam secreti accepit per injuriam, v. g. litteras aperiendo, vel hominem vi cogendo ad aperiendum secretum: non minus enim ex delicto, quam ex pacto nascitur justitiae obligatio ad damnum non extendendum, sed potius resarciendum.

76

Excipitur, si ex occultatione secreti grave damnum reip. et bono communi, vel etiam privato exsurgeret: quia v. g. delictum in futurum pendet, ut proditio, conjuratio in remp. machinatio necis adversus innocentem etc. tunc enim, etsi juratus promiseris non detegere, teneris tamen detegere, et si judex legitime interroget, de eo testificari: et ratio est, quia eo casu promissio, et juramentum non obligant, cum sint contra bonos mores, et in praejudicium reip. aut tertii innocentis. Similiter manifestandum videtur judici secretum commissum, si qui commissum id sibi habet, ejusdem aliunde accepit notitiam; quia pactum de eo celando solum videtur se extendere ad notitiam, quae ex secreto obtenta fuit: igitur si aliun-

de ejusdem rei notitiam, haurias, non potes amplius id occultare legitime interroganti judici.

77

Dub. 2. an fide dignus sit testis, qui non citatus a judice in judicium venit, ac testimonium perhibet? Resp. cum distinctione: vel enim testis ejusmodi precibus actoris inductus in judicium venit, et testimonium pro eo perhibet, vel irrequisitus a partibus ex solo veritatis, et justitiae zelo. *Si primum*, a testificando repelli nequit. *Si secundum*, pro suspecto habetur, et testimonium illius non est omni exceptione majus. Ita Bartol. *in l. post legatum* 5. §. *his vero* 10. *ff. de his, quae ut indig. aufer.* Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 3. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 6. *n.* 146. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 82. Vvesembec. *ff. hoc tit. n.* 2. Vvagn. *in c.* 1. *eod. not.* 1. Pirh. *n.* 128. Engl. *n.* 1.

Ratio primi membri est, quia non ultro se ingerit ad ferendum testimonium, qui alterius precibus ad hoc inducitur. *Ratio secundi*; quia ejusmodi testis, qui irrequisitus ad testificandum accedit, ostendit singulari affectu se illum prosequi, pro quo contendit deponere, et cons. ob affectionem ad causam, et personam merito contra ipsum excipitur. Accedit, quia non praesumitur litigans tam obliviosus esse, ut nesciat, quinam rei, de qua agitur, notitiam habeant: igitur hoc ipsum, quod actor eundem non nominaverit, et pro teste produxerit in judicium, suspectum eundem reddit.

78

Excipitur, si praesumptio falsitatis elidatur per praesumptiones contrarias, desumptas ex personae testantis qualitate, et circumstantiis reliquis. Hinc multis in casibus testis irrequisitus pro idoneo admitti debet, praesertim ubi agitur de defendenda alterius innocentia, aut peccato vitando.

Dub. 3. quoties testes produci possint? Resp. Regulariter non nisi tres testium productiones fieri, et admitti possunt; Vivian. *in c. in causis* 15. *hoc tit.* Henr. Canis. *ibid. n.* 2. Laym. *num.* 4. Gonzal. *n.* 3. Barb. *n.* 1. Hiltrop. *p.* 9. *c.* 6. *n.* 30. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 84. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 18. Engl *n.* 47. Pirh. *n.* 172. Konig *n.* 37. et constat ex *c. in causis cit. c. significaverunt* 39. *c. ultra tertiam* 55. *hoc tit. et novell.* 90. *c.* 4. *Ratio est*, quia ex iterata saepius productione testium oritur praesumptio, quod producens testes perscrutatus sit illorum dicta, et depositiones, et cum forte viderit, quod intentum non probent, idcirco vel novos, vel etiam priores, sed reproductos subornaverit, et instruxerit, quid deponere debeant, quod plurimorum incommodorum origo foret. Accedit ratio publicae utilitatis, ut sc. effrenata testium multitudo evitetur, ne sub pro-

bationis practextu lites diutius protrahantur cum magno tum judicis, tum litigantium incommodo, et sumptu. Hinc etiam *l. testimonium* 1. §. *quanquam ff. hoc tit.* monet Arcadius judicem, ut numerum testium moderetur, ne plures, quam necessarii sunt, evocari patiatur: quod tamen ita faciet, ut (quod difficulter fiet) parti non innotescat, testes pro se jam sufficienter deposuisse; nam testium depositiones non debent innotescere partibus ante earum publicationem.

79

Dixi autem 1. *tres testium productiones admitti regulariter*; idque verum est, sive producantur super novis, sive super antiquis articulis, modo testificata priorum testium non didicerit illos producens; *cap. constitutis* 46. *hoc tit.* et hoc, ut habeatur copia necessariarum probationum; Gonzal. *in c.* 15. *hoc tit. n.* 5. *Excipitur* si partes ulteriori probationi renuntiaverint; nam hoc si factum fuerit, alia productio non admittitur, nisi in duplici casu. *Unus est*, si fuerit appellatum; nam in causa appellationis, cum per eam rescindantur acta primae instantiae, non obstante renuntiatione facta in prima instantia, adhuc possunt produci testes. *Alter est*, quo adducere aliquis vult novos testes, quos prius ignoravit; nam si probaverit tunc ignorasse, quando ulterioribus productionibus renuntiavit, non prohibetur illos producere, ut bene notat Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 86. Ratio est, quia renuntiatio non praesumitur extendi ad ea, quae quis ignorat. *Conf.* a paritate cum conclusione in causa, quae, licet tacitam renuntiationem ulterioris productionis instrumentorum contineat, tamen non impedit produci instrumenta de novo reperta; ergo nec renuntiatio testium, si nondum sit trina facta, aut terminus clapsus, impediet produci testes de novo, et insperato repertos.

80

Dixi 2. *regulariter non admitti, nisi tres productiones testium*; nam quarta in tribus casibus permitti potest. 1. si litigans uterque in ulteriorem productionem consentiat; quia cum juri pro se principaliter introducto renuntiare quilibet possit, cum partium consensu, quarta, imo etiam quinta testium productio fieri potest. Potestque renuntiatio haec esse vel expressa, vel tacita, qualiter renuntiasse censetur, qui vivens quartam productionem testium fieri ab adversario sine solemnitate legali, non contradicit. 2. si accedat solemnitas legalis, quae in hoc consistit, ut pars eam petens juret, quod attestationes testium nec suae, nec adversae partis, nec per se, nec per alios suppresserit, aut occultaverit, quod depositiones testium non exploraverit, et quod quartam hanc productionem non petat malitiose, ut habetur *cap. in causis*, *cap. significaverunt*, *et cap. ultra tertiam cit.* et praeter *n.* 68. relatos docent Vvesenb. *ff.*

h. t. n. 5. Vragn. *in c. ultra tertiam cit.* Zoes. *hic n.* 22. Sannig. *c.* 3. *n.* 10. Ratio est, quia jurisjurandi religio omnem sinistram suspicionem abolet. Et hoc adeo verum est, ut casu, quo quarta productio testium cum dicta solemnitate legali a parte petita, et a judice denegata fuerit, licitum sit ab ea sententia interlocutoria intra decennium appellare; nam *indultum a jure beneficium non est alicui auferendum*, ut habetur *reg.* 17. *in* 6. conceditur autem parti litiganti a jure quarta productio testium, ut est ostensum: ergo etc. 3. si alias suspicioni, aut praesumptioni subornationis locus esse non possit, seu quia testes alii, et alii continuo producti sunt, ita, ut eorum depositiones non potuerint explorari, vel cognosci a producente; seu quia testium productorum examen nondum est institutum; nam his casibus quarta productio testium etiam sine juramenti solemnitate admitti potest, ut recte notat Abb. *in cap.* 15. *h. t. n.* 1. Felin. *ibid. n.* 2. Pirh. *hic n.* 176. Ratio est, quia cessat periculum subornationis, quae fuit causa adaequata constitutionis prohibentis quartam productionem testium sine solemnitate legali; cessante autem causa adaequata, ipsa etiam constitutio cessare debet.

81

Addidi *quarta permitti*; quinta enim testium productio ne quidem cum solemnitate legali danda est, ut notat Vivian. et alii supra relati, quia in hac multo magis urget ratio prius assignata, quam contra quartam productionem. *Neque obstat,* quod instrumenta in judicio quocunque tempore edi et proponi possint: instrumenta autem et testes quoad probationem aequiparentur; *l. in exercendis* 15. *C. de fid. instrum.* nam disparitas est, quia in editione instrumentorum non est timor subornationis: unde etiam post publicatas attestationes fieri potest. Duo tamen etiam hic excipiuntur casus 1. si causa sit criminalis; nam in hac ad docendam innocentiam rei etiam post attestationes factas, et publicationem illarum alios testes licet producere; *l. in criminibus* 1. §. *siquis* 27. *ff. de quaestion.* 2. cum judex inquisitionem facit ex officio; nam in hac judex ultra quartam productionem, quandocunque voluerit, potest testes producere. Ratio est, quia in judice subornatio testium timeri non potest, et ipse propter negotia, quibus implicatur, non potest simul, et semel testes vocare, et interrogare.

82

Dub. 4. quomodo recipi testes debeant? Resp. 1. non est procedendum ad receptionem testium, nisi lite contestata, ut dictum est supra *t.* 6. *n.* 1. Ratio est, quia cum productio testium probationis quaedam sit species, et probatio sit demonstratio rei, quae ex adversarii negatione sit dubia, sequitur necessario exspectandam con-

testationem litis; nam ante hanc intentio actoris non negatur a reo convento. *Excipitur*, si justa sit causa; nam haec si adsit, non solum reus, sed etiam actor ante litis contestationem producere testes potest, ut dictum est *cit. tit. a n.* 2.

2. Ad receptionem illorum citari pars adversa debet, ut statuitur *cap. in nomine* 2. *h. t. et l. siquando* 19. *C. eod.* Ratio est, quia generaliter loquendo, quando agitur de alicujus interesse, semper is ad judicium vocandus est; *l. de unoquoque* 47. *princ. ff. de re judic.* Quod ita verum est, ut etiam casu, quo citationes contra non citatum recipiuntur, tam ipsae attestationes, quam ea quae dependenter ab ipsis fiunt in judicio, sint ipso jure nulla, ut evidenter patet ex *c. in nomine cit. ibi nullius momenti. Excipitur* 1. si periculum sit in mora; quia debitor de fuga suspectus est, vel testes in remotas partes discessuri, ant diu abfuturi, vel si senes aut aegroti sint, nec pars adversa interea citari, vel interesse possit. 2. si partes consentiant; quia juri suo renuntiare possunt 3. si agatur de crimine haeresis; nam in hoc partis citationem supplet praesentia honestarum personarum, coram quibus ratificantur; *cap. fin. de haeret. in* 6. 4. si agatur de peccato vitando, uti factum est *cap. praeterea* 12. *de spons.* ubi ad depositionem unius testis secreto, et occulto deponentis, sine citatione alterius partis, impeditur matrimonium contrahendum 5. denique in omnibus illis casibus, in quibus litis contestatio necessaria non est, receptio testium fieri potest, parte non citata.

83

3. Haec citatio non est necessario peremptoria, seu talis, qua judex comminetur parti citatae se progressurum in negotio, si pars citata non compareat post intimatam citationem; sed sufficit una, et simplex, ut contra Decium, Baldum, et alios docet Henr. Canis. *in a.* 2. *cit. n.* 5. et hoc teste verior sententia habet. *Ratio est*, quia peremptoria citatio tantum requiritur ad ingressum litis, et ad audiendam sententiam, in aliis autem actibus judicialibus sufficit una, et simplex citatio, nisi in capitalibus criminibus. Neque obstat *c. consuluit* 24. *princ. de offic. deleg.* quia ibi narratur factum, quod sc. judex peremptorie citarit partem ad recipiendos testes: narratio autem facti non inducit dispositionem juris: vel certe verbum *peremptorie* referendum est ad sententiam, cui immediate in textu subjicitur, et in qua fateor requiri peremptoriam, aut si mavis trinam citationem; de quo late Abb. *in c. consuluit cit. a n.* 1.

4. Citatae partes admitti debent, ut videant testes recipi, et jurare, non vero, ut audiant eorundem testimonia; Vivian. *in c. in nomine* 2. *h. t. et ibid.* interp. passim. Ratio est, quia judex testes

examinare debet secreto; *c. inquisitionis* 2. *de accus. c. venerabili* 52. *h. t. et l. nullum* 14. *C. h. tit. Neque obstat* text. *cap. in nomine cit.* ibi; *venire, et audire testes*; nam ut *loc. cit.* advertit Vivianus, verbum *audire* intelligi debet, ut pars audiat juramentum testium, non vero horum depositiones.

84

5. Si pars citata non compareat, distinguendum est, an ob legitimum impedimentum non compareat solum ex contumacia, et culpa sua. *Si posterius*, in poenam contumaciae, et culpae, etiam absente parte, modo lis sit contestata, testes recipiuntur, et examinantur. *Si prius*, iterum distinguendum; vel enim de impedimento hoc constat judici, et tamen recipit testes, vel impedimentum hoc ignoravit. *Si primum*, receptio, et acta omnia sunt ipso jure nulla, ut cum aliis notat Abb. *in c. nomine cit. n.* 11. Gonzal. *ibid. n.* 8. Pirh. *n.* 183. *hic.* Ratio est, quia, qui ex justa, et necessaria causa venire non potuit, non reputatur contumax, et cons. attestationes contra ipsum receptae non valent. *Si secundum*, receptio testium, et acta judicialia reliqua valent quidem, sed parte petente resciudi debent, saltem per restitutionem in integrum, si legitimum impedimentum probet; *c. cum Bertoldus* 18. *de re jud.* Laym. *in c.* 2. *cit. n.* 2. Pirh. *l. cit.*

85

Dub. 5. cujus sumptibus testium productio fieri debeat? Resp. Sumptibus producentis, sive deinde actor sit, sive reus. Ita Gail. *l.* 1. *obs.* 99. *n.* 1. Haun. *to.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 9. Vvesen. *ff. h. t. n.* 5. Pirh. *hic n.* 138. *fin.* Engl. *n.* 8. Konig *n.* 38. et habetur *c. statutum* 11. §. *proferendo de rescr. in* 6. *l. quoniam* 11. *et l. constitutio* 16. *C. h. t.* Ratio est, quia regulariter is sumptus praestare debet, cujus gratia actus celebratur.

Et hinc 1. si testes peregre, et extra domum evocentur, producens iis in accessu et recessu juxta qualitatem, et dignitatem personarum congruum suppeditabit viaticum; neque in hoc ratio habebitur sumptuum, quos alias domi fecissent, ut colligitur ex textibus cit.

2. Praeter viaticum, si testis sit opifex, aut mercenarius, qui interea, diurnas operas, quibus se, liberos, et uxorem alit, intermittere, et cons. etiam quotidiana mercede carere debeat, talis quoque intermissio aestimanda, et compensanda est; quia licet testimonium testi non debeat esse lucro, non tamen debet ipsi esse nocumento, contra regulam, quod officium suum nemini debeat esse damnosum.

3. Hos tamen sumptus victus victori refundere cogitur, nisi compensatio expensarum utrinque facta sit, eo quod victus etiam ipse

justam litigandi causam habuerit; Gaill. *l. cit.* et habetur *cap. finem litibus* 5. *de dol. et contum. et l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *C. de judic.*

86

Quaeritur 3. quomodo procedatur ad juramentum testium? Ante omnia, postquam producti testes, partes citatae, et praesentes fuerint, judex ut monet Hiltr. *proces. judic. p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 4. *n.* 5. et praescribit *ordin. cur. monast. p.* 2. *tit.* 16. solemniter, et cum quadam gravitate, ac severitate, capite aperto instruit testem de dicenda veritate, ne illam favore, vel odio celet, et revocabit in memoriam gravitatem, ac poenas perjurii; tum ad juramentum ipsum proceditur. Porro juramentum hoc fieri debet

1. Ante omnem actum testimonii; *c. fraternitatis* 17. *h. tit. l. jurisj.* 9. *C. eod.* Ratio est, quia ante depositionem jurare jussus ob juramenti religionem non praesumitur testis falsum dicere, sed postea jussus jurare forte ob verecundiam, et metum infamiae contrarium ei, quod prius deposuerat, dicere non audebit.

2. In praesentia utriusque partis, si modo pars vocata contumaciter non abfuerit. Patet ex *c. in nomine* 2. *h. tit.* et dictis *n.* 82. *et* 83.

3. Coram judice causae, vel instantiae, aut hujus commissario; nam examen testium delegare judex alii potest, ut *infra n.* 99. dicetur, idem autem juramentum recipit, qui examinat. Excipiuntur clerici; nam hi in causis laicorum non coram judice laico, sed coram suo episcopo, vel praelato jurant, vel cui is commiserit; *can. quanquam* 2. *caus.* 14. *q.* 2.

4. In loco judicii. *Excipiuntur* tamen personae valetudinariae, senes, vel debilitate confectae, quae domi suae jurant, et deponunt coram commissario; *c. siquis* 8. *h. tit.*

87

5. Tactis evangeliis; alias de jure communi non probat; *can. hortamur* 20. *caus.* 3. *q.* 9. potest tamen per consuetudinem induci, ut aliter juretur, nim. tangendo reliquias, crucifixum, altare etc. ut notat Abb. *in cap. tuis* 39. *n.* 7. *hoc tit.* Felin. *ibid. n.* 5. Pirh. *n.* 18. *hic.* Episcopi, sacerdotes, et aliae in sacris constitutae personae tum secundum jus commune, tum de generali consuetudine jurant propositis solum evangeliis, et tacto pectore; imo, ut Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 4. *n.* 7. notat, hodie de consuetudine etiam laici, non tactis evangeliis, sed viri quidem duobus digitis indice, et medio manus dextrae in coelum erectis, mulieres vero dextra manu in mamilla sinistri lateris posita, juramenta sua deponunt, antequam deponant testimonium.

6. Jurare debent, quod nec odio, nec amicitia, aut favore, vel

aliquo alio commodo habito, aut habendo inducti sint ad testificandum, sed moti amore solius veritatis; quod veritatem, sicut secundum conscientiam suam noverint, ad articulos, et iuterrogatoria sibi proponenda fideliter sint dicturi; et denique quod depositiones suas ante legitimam earum publicationem neutri parti velint manifestare; *c. quoties* 5. *h. tit.*

7. Denique hoc juramentum repetendum est, si idem testis in eadem causa, et iustautia saepius examinetur super diversis, et novis articulis, ut constat ex *c. fraternitatis* 17. *h. tit. in fin.* secus est, si testis repetatur solum ad declarandum testimonium suum; tunc enim novo juramento opus non est; quia, qui declarat, nihil novi dat.

88

Dub. 1. an omnes teneantur praestare hoc juramentum? Resp. De jure communi tenentur omnes, nec testi non jurato in praejudicium tertii habetur fides, etsi clericus, religiosus, vel quaecunque dignitate clarus sit. Ita habetur utroque jure, civili quidem *l. jurisjurandi* 9. *l. testium* 18. *cod. h. tit.* canonico autem *cap. fraternitatis* 17. *in fin. cap. de testibus* 29. *nuper* 51. et aliis pluribus textibus. Ratio est, ut sic timore, et reverentia juramenti magis incitentur testes ad dicendam veritatem

Et extenditur hoc 1. ut neque in causis summariis sine juramento fides habeatur testibus; Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 80. Farin. *prax. q.* 74. *n.* 61. Pirh. *hic n.* 123.

89

Extenditur 2. ut ne semiplenam quidem faciant fidem, etiamsi duo integerrimi sine juramento deponerent; Konig *n.* 41. *hic.* Interim tamen ejusmodi depositio testium non juratorum facit praesumptionem, quae praesumtio hoc operatur, ut si ex utraque parte par sit probatio, praevalere debet ea, quae pro se insuper habet plures testes non juratos, vel saltem unum; Menoch. *de arbitr. l.* 1. *q.* 26. *n.* 5. Farin. *q.* 74. *cit. n.* 110. Pirh. *n.* 123.

Extenditur 3. ut neque per statutum, neque per consuetudinem generaliter, et indistincte decerni, et induci possit; ut recipiantur testes sine juramento, iisque non juratis habeatur fides; quia ut notat Felin. *in cap. tuis* 39. *hoc tit. n.* 2. videtur contra jus naturale, quod statutum simpliciter disponat, ut credatur testi non jurato. Dixi autem *generaliter et indistincte*; non enim repugnat per consuetudinem, vel etiam per statutum concedi certis personis, iis nempe, quae integritate vitae, ac morum conspicuae sunt, ut sine juramento deponant; quia in istis cessat periculum fraudis, subornationis, aut perjurii. Et ita hodie, ut Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 17. Gaill. *l. obs.* 101. *n.* 4. Rosbach. *prax. civil. tit.* 57. *n.* 131. Pirh. *hic n.* 122.

Engl. *n.* 43. Konig. *n.* 41. testantur, in Bohemia, Austria, Bavaria, et aliis locis personae nobiles, et illustres ex singulari privilegio, et longa observantia non solent praestare juramentum corporale, sed tantum sub fide sua testificantur, quod apud hujusmodi personas ex receptissima Germaniae consuetudine, quoad effectum idem est, acsi jurassent.

90

Dub. 2. an juramentum hoc partium consensu remitti possit: *Ratio dubitandi* desumitur a paritate cum juramento calumniae, quod expresso partium consensu remitti nequit, ut dictum est *supra tit.* 7. *n.* 5.

Sed tenenda est affirmativa sententia, ut colligitur ex *cap. tuis* 39. *fin. h. tit.* et docet *ibidem* gloss. *V. remittatur*, Abb. *n.* 2. Laym. *n.* 1. Gonz. *n.* 2. Barb. *n.* 3. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 80. *n.* 6. Gaill. *l.* 1. *obs.* 101. *n.* 2. Mascard. *de prob. proem. q.* 5. *n.* 103. Farin. *prax. q.* 74. *n.* 83. Vallens. *hic* §. 4. *n.* 9. Zoes. *n.* 20. Pirh. *n.* 124. Engl. *n.* 42. Konig *n.* 43. Ratio est, quia ad partium jus, et interesse spectat, ut non juratis testibus non credatur. Igitur possunt huic favori, et juri renuntiare. Debet autem hic consensus esse expressus; neque tacitus sufficit, si nimirum partes non contradicant, quando testes sine juramento deponunt, uti notat Farin. *n.* 84. Deinde opus est, ut utraque pars consentiat, cum utriusque intersit, et ex falsa depositione testis utrique praejudicium generari possit: hinc locum habet *reg.* 29. *in* 6. ubi: *quod omnes tangit, ab omnibus approbandum* dicitur.

91

Praeter consensum partium Vvagnereck *in cap. tuis cit.* requirit, ut haec remissio fiat consensu, et authoritate judicis: communis tamen sententia cum Farin. *q.* 74. *cit. n.* 91. negat consensum judicis necessarium esse, cum nec textus *cap. cit.* mentionem de illo faciat. *Excipitur*, nisi agatur de praejudicio publico, vel de periculo animae, vel de tali negotio, ubi partes non possunt quidquam remittere; tunc enim consensu partium solo remitti testibus juramentum nequit, sed opus praeterea est authoritate judicis: et hoc procedit 1. in causa criminali; nam publici interest, ut delicta puniantur. 2. in causa civili valde ardua; quia criminali aequiparatur 3. in causa matrimoniali, cum agitur de valore matrimonii; quia vertitur periculum animae, et reverentia sacramenti. 4. quando agitur de beneficio ecclesiastico, aliave re spirituali non dependente a mera voluntate partium.

Neque obstat in contrarium allata ratio dubitandi, quia juramentum calumniae concernit commodum judicis, et utilitatem reip. cujus interest, ne per calumniam fatigentur judices, et lites in infini-

tum excrescant. At juramentum testium regulariter solius remittentis privatam utilitatem spectat. Igitur nihil impedit illud remitti expresso consensu partium.

92

Dub. 3. an non sufficiat si testes ex post facto jurent, quod ad omnia interrogata veritatem dixerint? Duae sunt sententiae. *Prima* cum Bald. *in l. jurisjurandi* 9. *C. h. tit.* et Ummio *proc. judic. D.* 16. *n.* 60. resolvit negative. Dant rationem, quia ex post facto nemo facile fatebitur se falsum dixisse, sed ad evitandam infamiam potius falso testimonio falsum juramentum subjunget. *Secunda* cum Henr. Canis. *in cap.* 17. *h. tit. n.* 8. Laym. *in cap.* 29. *eod. n.* 5. Gaill. *l.* 1 *obs.* 101. *n.* 9. stat pro parte affirmante, modo incontinenti juratum fuerit post testimonium. Fundantur, quia juxta vulgarem regulam, quae in continenti fiunt, inesse censentur actui; *arg. l. juris gentium* 7. §. *quin imo* 5. *ff. de pact. et l. pen. C. de inst. et substit.*

Ego hanc secundam sententiam tum solum veram existimo, quando testis productus praescit sibi ex post facto jurandum; tunc enim non minus deterrebitur a falsitate dicenda per juramentum, quod praevidet sibi imponendum, quam per juramentum jam praestitum. At si sine juramento examinari se ratus, deposuit, puto non sufficere, si postea jurare jubeatur; quia posito quod spe hac, sc. juramentum sibi non impositum iri, falsum deposuerit, dictum suum postea retractare ex verecundia, et poenae metu non audebit, et sic facile pejerabit magno tum partis, contra quam deponitur, tum etiam reip. in qua hoc modo foverentur mendacia, detrimento.

§. IV.

De testium examine, eorum depositione, et attestationum publicatione.

SUMMARIUM

A receptione testium ad horum examen pergimus. Interest inter illam, et istud hoc discriminis, quod testes recipi tunc dicantur, quando admittuntur ad juramentum praestandum; examinari vero, quando discutiuntur eorum personae, et dicta. Igitur de hoc examine.

93

Quaeritur 1. a quo, quo in loco, et quando sit instituendum? Resp. 1. ordinarie examinandi sunt testes ab ipso judice, ut constat ex *novell.* 60. *cap.* 2. et tradit gloss. *ibid. V. testibus*, Farin. *prax. qu.* 77. *num.* 175. Pirh. *n.* 188. Ratio est, ut judicis authoritate terreantur, et eo magis cogantur testimonium dicere. *Excipitur*, nisi testes alienae jurisdictioni subjecti sunt, vel quo minus compareant in judicio privilegium habeant, vel ipse judex, negotiorum urgente multitudine, prohibeatur id facere.

2. Examinandi regulariter sunt in loco judicii, nisi qualitas personarum aliud exigat, nempe ut domi suae examinentur, cujusmodi esse possunt personae egregiae, honestae matronae, vel aliae gravidae; item infirmi, aut alio modo impediti, ut locum judicii accedere nequeant. Hae enim personae, et his similes, citatis ad locum partibus, juramentum in sua domo praestabunt vel judici, vel illi, quem judex ad id exigendum, et ad testes examinandos miserit; *l. ad personas* 15. *ff. de jurejur.* et accuratius *c. ecclesia* 2. *de judic. in* 6.

3. Tempus pro examine designatum est post praestitum a testibus juramentum, nam ante examinari non possunt; quia ut *n.* 88. dictum est, testi non jurato non creditur. Non autem necesse est, ut examen post juramentum subsequatur statim, sed mora aliqua intercedere potest; quia juramentum ad tempus examinis, quandocunque fit, retrotrahitur.

94

Dub. 1. quomodo sit instituendum examen testium? Resp. sic expedit. 1. Recepto juramento testium, acceptisque a parte adversa interrogatoriis, super quibus testes ab altera parte productos examinari cupit, judex partes litigantes dimittit, ipse vero interrogatoria sibi porrecta examinat, et siquae repererit superflua, aut criminosa, ad quae testis sine laesione famae respondere non possit, rejicit; cum enim nemo turpitudinem suam allegare teneatur, *l. transactione* 30. *C. de transact.* neque testis respondere tenebitur: si tamen respondeat, nocet sibi, producenti, et testificationi; Hiltrop. *proc. judic. tit.* 9. *cap.* 4. *a num.* 8.

2. Dimissis partibus, judex testes examinandos seorsim unum post alterum ad se vocat; debent enim secreto non plures simul, sed sigillatim et seorsim ab aliis examinari, prout constat ex *cap. venerabilis* 52. *hoc tit.* et docet *ibid.* Abb. *n.* 1. Felin. *n.* 3. Gaill. *l.* 1. *obs.* 96. *n.* 9. Farin. *prax. q.* 80. *n.* 93. *et* 94. Haun. *de J. et J. tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 159. Pirh. *hic n.* 192. Vviest. *n.* 82. Ratio est, quia alias, si examinarentur plures simul, periculum esset, ne unus instrueret alterum, vel dictum alterius sequeretur: et ita non posset facile deprehendi, verumne, an falsum concorditer deposuissent. Et hoc adeo verum est, ut depositiones testium, nisi sigillatim, et seorsim examinati fuerint, non valeant; gloss. *in cap.* 37. *V. procures hoc tit.* et canonistae communiter.

95

3. Si qui ex testibus productis essent producenti aliquo jurisjurandi vinculo obstricti, uti sunt subditi, judex, antequam ad examen eorum procedat, hoc vinculum eis pro illa vice relaxat, ut

liberi sint ad testificandum pro utraque parte; tum revocato in memoriam juramento, quod testis de veritate dicenda praestitit, ad examen ipsum progreditur, in quo tam super articulis juxta directorium actoris, quam super interrogatoriis adversarii sedulo quemvis examinat. Quodsi pars adversa neglexerit interrogatoria ponere, ipse judex, vel examinator supplebit, et interrogatoria testi faciet, quae ad causam conducere videbuntur.

4. Inter examinandum a tabellione, sive notario dicta uniuscujusque testis ad singulos articulos, et interrogationes distincte, et quantum fieri potest, ipsa verba formalia annotantur, juxta *cap. cum causam* 37. *et cap. venerabili* 52. *hoc tit.* ut si postea testes examinati negare vellent se deposuisse talia, possent convinci ex scriptura notarii, in quam testium depositiones sunt relatae.

96

5. Si testis finierit suas depositiones, istae denuo, praesertim si petat deponens, ex protocollo eidem praeleguntur a notario, partim ut videat, an recte intellectus sit, partim etiam, ut possit se corrigere, si forte super aliquo articulo, aut interrogatorio praecipitantius, aut minus considerate responderit; nam si post intervallum dicta sua corrigere, et propterea de novo recipi, et examinari vellent, non audirentur, nisi judex ad causae cognitionem necessarium, vel opportunum hoc fore judicaverit; quo tamen casu si admittantur, minor fides eis habetur, quam si initio statim dixissent, vel in continenti addidissent; Abb. *in c. per tuas* 48. *hoc tit. n.* 1. Felin. *ibid. n.* 1. Pirh. *n.* 200. *hic.*

6. Denique imponitur testi silentium, ne cuiquam suam depositionem revelet; Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 4. *n.* 23. Rosbach. *prax. civil. tit.* 58. *n.* 23. *et seqq.* Pirh. *n.* 200. *cit.* Engl *n.* 46. Konig *n.* 44. Imo in quibusdam locis idipsum in forma juramenti continetur ad evitandum periculum, ne testes inter se colludant, et pariformiter omnes deponant. Ob eandem rationem notarius causae, qui dicta testium annotavit, et excepit, eadem in silentio apud se retinere debet, donec publicentur.

97

Dub. 2. de quibus rebus examinandi sint testes? Resp. 1. examinandi sunt non solum super negotio, seu causa principali, sed etiam de ratione, seu causa scientiae; adeoque simplici dicto testis non statur, nisi etiam reddat rationem sui dicti; de quo vide *n.* 102. *et duos seqq.*

2. Exquirere judex debet ex testibus rei circumstantias, locum, tempus, visum, auditum etc. ubi sc. res facta sit, an viderit, vel audiverit; si dicat se vidisse, interrogabit, qui praesentes fuerint,

quo in loco, quo die, qua parte diei, vel noctis etc. ut ita ex his advertere possit, utrum cum alio teste, vel testibus, qui similiter examinati sunt, conveniat; nam si inter se non conveniunt, dicuntur *singulares,* hoc est, habentur singuli loco unius testis, qui non probant; de quo plura *n.* 105. *et* 106.

3. Debet etiam institui examen super personas testium; *c. cum causam* 37. *hoc tit.* praesertim si persona ignota sit; nam haec interrogari potest, quo nomine vocetur, cujus sit aetatis, vel conditionis, an sit habilis ad testificandum, an dives, vel pauper, an conjunctus producenti, an inimicus parti adversae, an non subornatus, et instructus, an in causa controversa interesse aliquod habeat, an non convenerit cum aliis testibus, qui dicere velint, utri parti oportet victoriam etc. *l. testium* 3. *princ. ff. hoc tit. l. ubicunque* 21. *ff. de interrog. in jur. fac.* Gaill. *l.* 1. *obs.* 95. *n.* 8.

98

4. Examinandi etiam sunt de fama, et relatione aliorum, ipsorumque testium credulitate, vel certitudine, num credant, vel etiam certi sint rem gestam esse; *cap. cum causam cit.* Abb. *ibid. n.* 2. Farin. *prax. qu.* 73. *n.* 31. Pirh. *n.* 196.

5. Denique interrogandi sunt de ceteris circumstantiis; intellige, quatenus hoc opus est ad investigandam veritatem; nec enim haec omnia cumulari debent, aut possunt a judice in qualibet causa, siquidem multa sunt, quae non auditu, sed visu percipiuntur, et e contra quae auditu, non visu. Abstinendum etiam est non solum ab incongruis, et ad causam non pertinentibus, sed etiam a nimium exquisitis interrogationibus. Hinc considerari debebit cum personae, tum causae qualitas, et ex his metiendum, quae interrogatoria proponenda.

Si judex, vel commissarius dolo, vel culpa testes super interrogatoriis a parte datis non examinavit, non ideo invalidum est examen, sed ad partis postulationem super interrogationibus omissis repeti debent etiam post publicationem attestationum; *c. per tuas* 48. *hoc tit.* Gaill. *l.* 1. *obs.* 95. *n.* 7. Pirh. *hic n.* 199.

99

Dub. 3. an judex committere examen testium possit alteri? Resp. posse in causis civilibus, praesertim si testes remote absentes sint, ut difficulter accedere ad judicem possint; vel si valetudinarii sint, senes aut debilitate confecti, ut coram judice comparere non possint; si denique sint personae privilegiatae, quales sunt personae egregiae, i. e. clerici illustres, et in dignitate constitutae, milites, seu equestris ordinis, et alii omnes, de quibus *infra tit. seq. n.* 9. dicetur, quod cogi non possint ad testificandum extra domum

suam; nam hos si judex ipsemet domi eorum examinare nolit, vel non deceat, examen illorum delegare alteri idoneae personae potest; *clem. ve. de offic. jud. deleg. et ibi glos. in casu*, Vivian. *in cap. si qui* 8. *h. t.* et communiter DD. Imo non solum testis absentis, et impediti, sed etiam in loco judicii praesentis, nec impediti, examen potest alteri delegari, ut notat Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 131. Ratio est quia examinatio testium est quid facti, quod potest committi, et fieri extra judicium.

Fieri autem hoc potest dupliciter 1. Ut actus jurisdictionis committatur alteri, qui adversarium citet ad videndum jurare testes, exceptiones audiat, et examinet, juramentum a testibus exigat, interrogatoria a parte accipiat, testium multitudinem refraenet, inobedientes, vel aliter peccantes puniat etc. 2. Ut solum ministerium, seu nuda executio committatur, videlicet si post receptos, et approbatos testes, ac juramentum ab his depositum jubeatur aliquis examen super interrogatoriis jam formatis, ipsique traditis instituere; et hic magis *nuntius*, seu *executor ministerialis* dicitur. Quocunque autem ex his duobus modis alicui delegetur examen, debet ille, cui examen sic delegatum est, diligenter in acta referre ad judicem dirigenda, quae observavit, et deprehendit, non solum circa ipsas testium depositiones, sed etiam circa modum deponendi, e. g. si eum vacillatione, cum trepidatione, eum vultus pallore, et immutatione etc. deposuere, ut colligitur ex *cap. constitutus* 3. *in fin. de fidejus.*

100

Dixi autem in responsione *in causis civilibus*; nam in causis criminalibus per se loquendo ipsemet judex recipere testes, et examinare debet in sua praesentia, ut eum res exegerit, tormentis subjiciantur, ut constat ex *auth. apud eloquentissimum C. de fid. instrum.* et notat glos. *in c.* 37. *cit. in cas.* Abb. *ibid. n.* 22. Felin. *n.* 21. Gail. *l.* 1. *obs.* 96. *n.* 10. Pirh. *hic n.* 188.

Excipe, si judex non possit ob multitudinem negotiorum, vel aliud justum impedimentum, v. g. absentiae, infirmitatis etc. Item si aliud necessitas exigat: aut quaevis alia causa justa; tunc enim ne crimina maneant impunita, etiam in criminali causa examinarium absentium alteri committi potest; Gail. Pirh. *l. cit.*

101

Quaeritur 2. quomodo fieri debeat depositio testium? Resp. Ut legitime fiat, quinque omnino requiruntur. 1. Ut viva voce ad examinantis interrogationem, et non in scriptis deponant, alioquin non probant; *can. relatum* 3. *caus.* 5. *quaest.* 2. *can. testes* 15. *caus.* 3. *quaes.* 9. et in hoc sensu, ut bene advertit R. P. Schmier *process. jud. cap.* 9. *n.* 74. Innocentius III. *cap. tua nos* 8. *de cohab. cle-*

ric. et mul. et Callistratus *l. testium* 8. §. *idem* 3. *ff. h. t. testibus* credendum dicunt, sc. vocaliter deponentibus, *non testimoniis* i. e. scripturae. Ratio est, quia ex voce, modo, et gestu deponentis magis deprehendi veritas potest. *Excipiuntur* 1. Nobiles, et illustres personae, quarum attestationes admittuntur scriptae, et obsignatae. 2. Muti, qui si scribere sciant, testimonium suum in scriptis dant 3. Si consuetudo loci admittat testimonium in scriptis traditum; de quibus, et pluribus aliis vide Farin. *prax. qu.* 80. *a n.* 27.

102

Ut depositio sit conformis articulo. Hinc testis plus dicere non debet, quam interrogetur; alioquin de iis, de quibus interrogatus non est, fidem non facit, sed reputantur tanquam non deposita, et reus tanquam articulo non probato absolvi debet; *arg. c. de testib.* 29. *h. t.* et docet Nicol. Everard. *cons.* 19. *n.* 3. Engl. *n.* 52. *hic* Konig *n.* 46.

3. Ut sit clara, et perspicua, non incerta, vel dubia. Hinc si obscure respondeat testis, vel dubitative v. g. opinor, arbitror, ni fallor, res ita se habet, si bene memini etc. rejicitur, et fidem non facit; Farin. *quaest.* 68. *n.* 6. Pirh. *hic n.* 234. Konig *n.* 47. *Excipitur*, si negotium in se obscurum sit, aut difficilis probationis, vel si consuetudo sit probanda; tunc enim depositio testis obscura, et dubia admittitur, cum alia difficulter haberi possit.

4. Ut testis deponens det causam sufficientem sui dicti; *cap. cum causam* 37. *h. t.* ibi: *prudenter inquirens de causis*. Ratio est, quia testis deponere debet de eo, quod scit; scire autem rem non intelligitur, qui suae de ea scientiae causam reddere nequit, cum scire sit rem per causas cognoscere. Hinc si aut nullam reddat, aut aliqnam quidem reddat, sed non bonam, et sufficientem, etsi dicat se scire, vel certum esse, non tamen sic asserendo probat, imo ne quidem praesumptionem, et indicium facit, ut colligitur ex *l. sola* 4. *C. h. t.* quia ratio in teste dat esse illius testimonio, et illud salvat, vel destruit.

5. Denique requiritur, ut depositio sit constans, et non vacillans, nec varia, et sibi contraria; Covar. *l.* 2. *var. cap.* 13. *n.* 3. Henr. Canis. *sum. h. t.* §. 6. Konig *n.* 54.

103

Dub. 1. quando testis sufficientem dicti sui causam reddidisse censeatur? Resp. si asserat, se visu, auditu, vel alio sensu percepisse, si quidem sensu corporeo sit perceptibile id, de quo interrogatur; vel si non ita sit perceptibile, ut v. g. est dominium fundi, testificari debet, se praesentem fuisse donationi, vel contractui, ex quo alter dominium sibi arrogat, vel legisse instrumentum donatio-

nis, aut contractus etc. Distinguendum autem est, an causam dicti sui interrogetur a judice, an non. Si interrogetur, juxta omnes dicere eam debet. Si non interrogetur, non semper debet, praesertim si articulus, seu factum, de quo deponit, sensu corporeo possit percipi; cum enim tunc praesumatur, quod non fuisset absolute affirmaturus, nisi causam sufficientem haberet, et certo sciret, testimonio ipsius creditur, etsi causam scientiae suae non addiderit.

104

Plures tamen sunt casus, in quibus testis rationem sui dicti reddere etiam non interrogatus debet. Et 1. quidem in causa criminali; quia agitur de maximo praejudicio rei. 2. In causa civili valde ardua, ut cum agitur de majore parte patrimonii; quia criminali aequiparatur 3. Quando lis est super dominio, jurisdictione, proprietate, et similibus, quae sensu corporeo non possunt percipi; quia in his casibus magis contra testem praesumitur, quod scire non possit, nec sufficientem, sed putativam solum dicti sui rationem habeat, quod illa, quae sub sensu non cadunt, plerumque difficulter sciantur, et tamen facile asserantur ob solam vehementem suspicionem. 4. Quando quaeritur de consuetudine; tunc enim dicere debet se vidisse sic practicatum; alias praesumptio erit pro ipsa lege contraria consuetudini. 5. Quando deponit super publica voce et fama; tunc enim etiam non interrogatus debet nominare eos, qui dixerunt, et a quibus audiit. 6. Quando deponit super negativa etc. Videantur Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de test. product. a n.* 17. Hilt. *proces. jud. par.* 3. *t.* 9. *cap.* 6. *n.* 127. *et* 128. Farin. *prax. qu.* 70. *a n.* 1. Barb. *in cap. cum caus.* 37. *n.* 6. Vall. *h. t.* §. 3. *n.* 14. Zoes. *hic n.* 21. Pirh. *n.* 195. Konig *n.* 49.

105

Dub. 2. quantum probent testes *singulares*? Ratio dubitandi sumitur ex *cap. cum dilectus* 32. junct. glos. *V. probatio de elect.* ubi videtur supponi vim probandi hujusmodi testium attestationibus generaliter inesse nullam; ait enim ibidem pontifex, *eorum probationem esse insufficientem, eo quod singuli essent in suis testimoniis singulares.*

Sed distinguendum est inter tres testium singularium species; quidam enim tales sunt singularitate obstativa, seu adversativa, alii cumulativa, alii diversificativa. *Adversativa singularitate singulares* sunt, qui de uno actu non iterabili, vel saltem non iterato varia, et quoad circumstantias, e. g. temporis, et loci inter se pugnantia deponunt, quales erant duo illi senes Susannae accusatores, quorum unus adulterii crimen ab eo commissum dicebat *sub prino*: alter *sub schino. Dan. Cumulativa, seu adminiculata singularitate singulares*

sunt, qui de actibus quidem diversis, sed ad eundem finem tendentibus, seque mutuo adjuvantibus deponunt, ut si unus testis actus alicujus auditum asserat, alter visum; si unus asseveret Sempronium citasse partes, alter dicat eundem tulisse sententiam, tertius ipsum istam executioni mandasse; si unus fundi possessionem Titio asserat, quod viderit illum ab eo coli, alter, quod conspexerit eum collegisse ex ipso messem etc. *Diversificative singulares* sunt, qui deponunt de factis sibi invicem non contrariis; sed diversis, et nihil se invicem juvantibus, sicut factum est in casu *cap. cum tu* 16. *h. t.* ubi duo deposuerunt de excommunicationis sententia, unus quidem dicebat, latam illam fuisse ante, alter post appellationem; idem accidit, cum unus testificatur de Caji, alter de Sempronii caede a Titio facta; unus de mutuo dato Augustae, alter de dato Francofurti etc.

106

Ex his *primi generis* testes nec semiplene probant ob contrarietatem, et repugnantiam, quae redolet falsitatem; *c. licet causam* 9. *vers. quanquam de probat.* Et hoc verum est, etsi mille essent ejusmodi testes singulares; quia mille tantum probarent, quantum unus, imo minus, quam unus; unus enim, si solus esset, et impedimento non laboraret, probaret saltem semiplene, cum aliis junctus ob dictorum repugnantiam suspectus redditur; Berojus *in c. licet cit. n.* 38. Farin. *prax. q.* 64. *n.* 41. P. Vriest. *hic n.* 74 P. Schmier *proc. judic. cap.* 9. *n.* 106. testes *secundi generis* diversam vim habent in criminalibus, et in civilibus; in *prioribus* plerumque ad poenam ordinariam infligendam non sufficiunt, sed vel tantum ad torquendum, vel etiam ad purgationem canonicam solum indicendam; in *posterioribus* vero aliquando probant semiplene, ita ut locus fiat juramento suppletorio; aliquando etiam plene; *arg. l. qui sententiam* 16. *C. de poenis* ibi: *Confessione testium in unum concordante, conspiranteque rei finem*; Abb. *in c. praeterea* 27. *hoc tit. n.* 1. Layman *in c.* 47. *eod. n.* 6. Barbosa *in c.* 4. *ibid. n.* 35. Farin. *q.* 64. *cit. n.* 160. *Neque obstat*, quod in circumstantiis temporis, loci, et aliis discordes sint; concordes enim sunt respectu ejusdem finis e. g. homicidii, jurisdictionis, possessionis, vel quasi etc. de quorum probatione agitur; hinc etiam testes singulares absolute dici non debent. Denique testes *tertii generis*, etsi magnam praesumptionem, et plusquam semiplenam probationem faciant, ita ut sufficiant ad reum quaestionibus subjiciendum, vel saltem inquisitionem de eo faciendam, plene tamen non probant, prout patet ex *c. bonae* 23. *c. cum dilectus* 32. *de elect. et c. licet cit.* Ratio est, quia testis ita singularis de eadem re, vel actu est unicus testis. Sed unicus testis de re deponens fidem plenam non facit, ut *n.* 69. dictum est: ergo etc.

107

Dub. 3. quam vim probandi habeant testes sibi ipsis contrarii? Resp. cum distinctione; vel enim contrarietas est in diversis testibus, ita, ut unus, vel duo negent, alii affirment eundem articulum, aut unus, idemque testis contraria dicit. *Si primum*, plurimum refert, an producti sint a diversis, an ab eodem. *Si a diversis producti sint*, sc. ab actore alii, et alii a reo, et hi illis aequali numero contradicant, ceteris paribus fides potius habenda est deponentibus pro reo; quia istius causa est favorabilior; *c. ex litteris* 3. *de probat.* praeterquam in causis specialiter favorabilibus, ut sunt matrimonii, dotis, libertatis, ecclesiae, pauperum etc. nam si ejusmodi causam foveat actor, contra reum etiam, cum par est numerus testium, pronuntiandum est; *c. fin. de sent. et re jud. l. inter pares.* 38. *ff. de re jud.* gloss. *fin. cap. in nostra* 32. *h. tit.* Abb. *ibid. n.* 4. Farin. *prax. q.* 65. *n.* 162. Vviest. *hic n.* 93. *Si vero producti sint ab eodem* e. g. actore, et conciliari non possint, ut non contradicant, judex ad numerum, et dignitatem testium, item ad probabilitatem dictorum attendet; iisque fidem dabit, qui rationabilius, et verisimilius deponent, ceteros quorum testimonium reprobaverit, periurii poena mulctabit, qui proin etiam quandam saltem facti infamiam incurrent; *c. in nostra cit.* gloss. *in c. cum tu* 16. *V. benigne vers. sed hoc dictum h. tit.* Excipitur causa criminalis; nam ibi, ut saepe dictum, requiruntur probationes clarissimae, non potest autem negari, quod si tres deponant de crimine, duo omni exceptione majores pro reo, priorum testimonium debilitetur.

108

Si secundum contingat, et unus, idemque testis contraria dicat, videndum, an testis ejusmodi dictum suum revocet in continenti, antequam recedat a judice, aut saltem ante quam locutus sit parti; an ex intervallo primum, et post recessum a judice. *Si prius*, fides posterioris testis depositioni est adhibenda; *c. praeterea* 7. *de cogend. testib.* Abb. *ibid. n.* 12. Felin. *n.* 10. Layman *in c.* 44. *h. tit. n.* 5. Hiltrop. *c.* 6. *cit. n.* 88. Pirh. *hic n.* 159. Vviest. *n.* 94. Ratio est, quia prius dictum testis ita se corrigentis praesumitur ex errore processisse, et quia ea, quae in continenti fiunt, actui inesse censentur. *Si posterius*, attendi debet, an utrumque testis dictum judiciale sit, an unum judiciale, alterum extrajudiciale; nam *si hoc secundum*, adhibenda fides est dicto testis judiciali, sive deinde primum sit judiciale, alterum extrajudiciale, sive vicissim; Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 14. Layman *in c.* 44. *h. tit. n.* 4. Barbosa *in c.* 9. *eod. n.* 1. Vvagn. *ibid. not.* 1. Zoes. *hic n.* 42. Pirh. *n.* 161. Engl. *n.* 56. Vviest. *n.* 99. et apud hunc alii. Ratio est, quia judiciale

ob religionem juramenti a teste praestiti, et praesentis judicis authoritatem praesumitur esse prolatum magis deliberate, proinde tanquam qualificata assertio merito praefertur simplici assertioni contrariae.

109

Si vero utrumque testis dictum factum sit in judicio, iterum distingui debet, an cum revocat prius dictum, causam probabilem erroris afferat, vel non. *Si afferat*, et homo sit alias fidei non suspectae, credetur secundae ejus depositioni; quia tunc deceptus, et rei oblitus censeri debet in prima sua depositione; Menoch. *de arbitr. cas.* 107. *n.* 7. Farin. *prax. q.* 66. *n.* 245. Vviest. *hic n.* 96. *cas.* 2. At *si causam erroris sui idoneam nullam afferat*, regulariter credetur primae testis depositioni; *arg. c. per. tuas* 10. *de probat. et c. sicut* 9. *h. tit.* et docet *ibi* Felin. *n.* 4. Covar. *l.* 2. *var. cap.* 13. *n.* 8. Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 86. Menoch. *loc. cit. n.* 10. Ratio est, quia ejusmodi testis praesumitur subornatus a parte, et cons. primum dictum praesumitur verius; alias in potestate testis esset annullare dictum suum, et tollere jam quaesitum parti. Notat tamen Mynsing. *loc. cit.* primam depositionem debilitari per secundam, et sic ejusmodi testem non amplius esse omni exceptione majorem, ut ob ejus depositionem juramentum suppletorium parti deferri possit. Procedere assertio videtur etiam, quando testis in diversis instantiis judicii contraria deponit; tunc enim ordinarie credendum est primae depositioni, et sic in camera imperiali observari testis est Mynsing. *loc. cit.*

110

Dixi *regulariter et ordinarie*; nam plures exceptiones affert Farin. *q.* 66. *a n.* 142. ubi non primae, sed secundae testis depositioni creditur, ex quibus praecipuae sunt. 1. Si prior depositio extra torturam facta sit, posterior in tortura; nam tortura fidem depositionis auget. 2. Si posterius dictum testis sit adminiculatum conjecturis aliis, et praesumptionibus, adeoque magis verisimile, quam primum. 3. Si primum testis dictum non sit juramento firmatum, sit autem secundum. 4. Si primum judicium invalidum fuit; quia prima depositio in judicio invalido facta habetur pro non facta, nisi aliunde constet, verum esse primum testimonium. Hinc patet plurimum hic situm esse in arbitrio judicis, qui consideratis omnibus circumstantiis, conjecturis, et indiciis judicabit, quantum cuique depositioni tribuendum sit fidei.

111

Dub. 4. an et quando admittatur, et fidem faciat testis de auditu? Resp. cum distinctione: vel enim deponit de auditu proprio, vel ex alieno. *Si ex proprio*, et res talis sit, quae auditu percipi

possit, fidem non minorem meretur, quam alius, qui de re visu percepta deponit, ut colligitur ex *cap. ex litteris* 2. *de consuet.* ibi: *sub testimonio videntium et audientium.* Exemplum habes, si quis testetur injuriam verbalem irrogatam ab uno alteri, propositionem haereticam prolatam etc. *Si de auditu alieno*, et propterea aliquid adstruat, quia ita esse ab aliis fide dignis audivit, regulariter nihil probat, sed ad summum facit praesumptionem contra partem adversam; Farin. *prax. q.* 59. *a n.* 1. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 58. Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de test. product. n.* 18. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 6. *n.* 142. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 291. Barb. *in cap.* 33. *h. tit. n.* 2. *et seq.* Pirhing *hic n.* 132. Engl. *n.* 54. Konig. *n.* 52. Vviest. *n.* 88. Ratio est, quia testis de sua, non aliena scientia debet deponere. At is, qui dicit, se audivisse ab aliis, non ait se nosse; neque enim ex tali auditu paritur ei notitia, sed credulitas tantum, ut videlicet credat verum esse, quod audivit. Igitur ad probationem non sufficit, sed ad summum ad praesumptionem, quae in causis civilibus indicium facit, probabiliter autem, nisi alia argumenta accedant, non tale, ut propterea onus probandi statim in adversarium possit rejici, ut ex Fachinaco notat Konig *hic n.* 53.

112

Dixi autem *regulariter nihil probat;* nam in certis casibus probat etiam testis de auditu: et tales sunt 1. si testimonium sit adminiculatum ex aliis indiciis, et conjecturis. 2. In iis, quae sunt difficilis probationis 3. In causa, in qua modica scientia fidem facit, prout est causa denuntiationis. 4. In iis, quae facta sunt tempore pestis; quia de iis testes de visu et auditu proprio non facile reperiuntur. 5. Ad defensionem rei; nam hanc etiam probant testes de credulitate. 6. In factis antiquis, aetatem, et memoriam hominum, qui defacto vivunt, excedentibus; quia in bis magna credulitas, et opinio pro veritate habetur; *l. si arbiter* 28. *ff. de probat. et l. in summa* 2. §. *idem Labeo* 7. *ff. de aqu. pluv. arcend.* 7. Casu, quo consanguinitas ad effectum matrimonii jam contracti dirimendi probari debet; nam eo casu sufficiunt duo, vel tres testes consanguinei, si haberi possint, vel si haberi nequeant, alii extranei, qui jurent se ita accepisse a majoribus, et credere verum esse: de quibus, et pluribus aliis Farin. *q.* 69. *cit. a n.* 32.

113

Ut vero ad probandam consanguinitatem in casu septimo relate admitti testes de auditu possint, plures requiruntur conditiones. Et 1. quidem, ut hujusmodi testes sint omni exceptione majores. 2. Ut testium istorum saltem duo sint, iique dicant se a duobus saltem audivisse; nam etsi unus se audivisse a 100. vel e contra 100. testes

dicant se audivisse ab uno alio, fidem non facient; quia utrobique uni testi in effectu credendum foret. 3. Ut authores illorum, a quibus audiverunt, non sint infames, aut suspecti, sed fide digni, et omni exceptione majores; nam absurdum foret, si ea testimonia admitterentur, quorum repellerentur authores. 4. Ut tales testes non confuse tantum deponant, in quoto gradu conjuges conjuncti sint, sed distincte singulos gradus designent vel nominando, vel credibiliter describendo singulas personas mediantes. 5. Ut testificentur se vidisse saltem duas personas ex illis gradibus, et genealogia pro consanguineis se habere, et agnoscere. 6. Ut juramento proprio asserant, quod omnia ita a majoribus acceperint, et credant. Quae omnia, si adsint, consanguinitas satis probata censebitur, et separatio permittetur. Ita statuitur *cap. quoties* 5. *et c. licet* 47. *h. tit.* et docet Vivian. *in c.* 47. *cit.* Layman *ibid. n.* 3. *et in c.* 5. *cit. n.* 1. Barb. *in c.* 33. *eod. n.* 9. Pirhing *hic n.* 138. Engl. *n.* 54. Konig. *n.*52.

114

Dub. 5. qualem fidem mereatur testis, qui tantum de credulitate deponit, neque scire se dicit, sed credere articulum, super quo interrogatur? Resp. attendendum esse ad causam credulitatis; nam si talem causam credulitatis suae afferat, quae etiam sufficeret ad scientiam, ut si dicat, *credo actorem esse in possessione agri litigiosi, quia vidi a multis annis arantem et metentem*, aeque fidem faciet, acsi profiteretur se scire; quia non tam ad verba, quam ad rem ipsam attendendum est, et saepe etiam, quod scimus, nos credere dicimus; Bald. *in l. servus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legat.* 1. Barb. *in c.* 5. *h. tit. n.* 19. Pirhing. *hic n.* 135. Engl. *n.*53. Konig *n.* 51. Similiter valet testimonium de credulitate, ubi credulitas est proxima sensui, per quem percipitur veritas, seu quod idem est, si talem causam credulitatis reddat, ex qua resultat violenta praesumptio pro veritate articuli, ut si testis dicat, Titium occidisse Sempronium, quod viderit eum stricto gladio irruentem in cubiculum Sempronii, et mox cruento mucrone redeuntem. Et hoc maxime verum est casu, quo aliae probationes, ordinariae haberi nequeunt, quam praesumptiones, et conjecturae, qualis est, cum probare aliquis debet natales suos, vel adulterium alterius, et similia delicta, vel facta, quae testes non admittunt, ut bene notat Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 297. Pirh. *hic n.* 135.

115

Quod si credulitas a sensu remota sit, ut si diceret testis, *credo adulterium commissum; quia vidi solum cum sola confabulantem; credo Cajum occidisse Sempronium, quia illum vidi armis cinctum etc.* talis depositio non meretur fidem; quia causa est insuffi-

ciens. *Excipe*, nisi ejusmodi testimonium de credulitate esset adminiculatum, seu conjunctum cum aliis conjecturis, vel praesumptionibus, aut probationibus. Talia autem adminicula haberi possunt 1. *ex persona deponentis de credulitate*, ut si medicus, chirurgus, obstetrix etc. deponant super iis, quae suae artis peritia percipiuntur; nam istis habetur fides, etsi deponant de sola credulitate; Felin. *in cap.* 5. *hoc tit. n.* 11. Farin. *prax. q.* 68. *n.* 95. Vviest. *hic n.* 86. quia cuilibet perito in sua arte credendum est. 2. *Ex persona ejus, pro quo deponitur, vel contra quem*; nam testis deponens de credulitate contra producentem plene probandi vim habet; Farin. *loc. cit. n.* 75. 3. *Ex causa, in qua deponitur;* nam quando agitur de probanda innocentia rei, e. g. quando testis deponit se quidem vidisse Titium a Cajo occidi, sed firmiter credere, quod non dolose, sed ad necessariam sui defensionem occiderit, hujusmodi testi creditur, quia hoc pendet ab interna animi affectione, de qua non nisi morali probabilitate conjici potest: debet tamen hujusmodi testis exprimere causam suae credulitatis; Farin. *a n.* 77. Et universim testimonium de credulitate admittitur in iis casibus, ubicunque admittitur testimonium de auditu, ut notat Abb. *in c.* 5. *h. tit. n.* 7.

116

Quaeritur 3. quomodo fieri debeat publicatio attestationum? Resp. Ad eam hoc modo proceditur. 1. Postquam examen singulorum testium absolutum est, citantur partes ad videndum testimonia publicari; Felin. *in cap.* 2. *h. tit. n.* 6. Laym. *ibid. n.* 1. Farin. *prax. q.* 72. *n.* 28. Engl. *hic n.* 47. Konig *n.* 55. estque citatio haec adeo necessaria, ut a judice omitti nequeat, et hoc ideo, quia in publicatione testium versatur praejudicium alterius partis.

2. Si partes citatae compareant (per contumaciam non comparens pro praesente habetur *arg. cap. in nomine* 2. *h. tit.*) antequam dicta testium publicentur, partes interrogari debent, num consentire in publicationem velint, vel contra habeant justas differendi causas; Layman. *in cap.* 31. *h. tit. n.* 1. Vallens. §. 3. *n.* 18. *hic.*

3. Si ulteriori probationi renuntient, rotulus examinis, seu dicta, et attestationes testium, recitatis etiam horum nominibus, praeleguntur, et publicantur. *Excipitur* causa haeresis, ubi nomina seu accusantium, seu denuntiantium, seu testificantium publicare non debent, ut notat Laym. *in c.* 15. *h. tit. n.* 8. et constat ex *const. Pii IV.* incipit *cum sicut.*

4. Hac publicatione facta petunt partes copiam earundem attestationum, ut depositiones examinare queant. Neque hoc illis a judice negari potest; originalis autem scriptura manet vel apud judi-

cem, vel (quod magis habet consuetudo, et juri conformius est) apud notarium tanquam scriptorem.

117

5. Obtenta attestationum copia, judex partibus praefigit terminum competentem, intra quem super attestationibus disputent, et reus praesertim deliberet, num aliquam sui excusationem allegare queat, ut habetur *in ordinat. camer. p.* 3. *c.* 18. et docet Laym. *in c.* 15. *n.* 7. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 186.

6. Si lapso termino, nullam reus defensionem, vel excusationem alleget, sed fateatur crimen ultro, et sine tormentis, sententia condemnatoria statim adversus eundem ferri potest; Laym. *loc. cit.*

7. Si vero exceptiones aliquas pro sui defensione velit opponere, audiatur, non quidem excipiens contra personas testium, nam contra istas debuisset exceptionem opponere ante publicationem attestationum, cum in hunc finem citentur partes ad videndum jurare testes: sed tantum, cum excipit adversus dicta testium. Eodem tempore etiam examinantur exceptiones, quae prius fuerunt oppositae contra personas testium; nam harum exceptionum disquisitio plerumque in hunc locum rejicitur.

8. Auditis exceptionibus adversus personas, et dicta testium, etiam auditur is, qui produxit testes, defendendo per replicas personas, vel dicta testium; in qua disputatione is, qui testes produxit, ostendere conatur, quod ex eorum depositionibus probata sint actionis suae capita, singulis capitibus applicando testium depositiones, et siquae videantur repugnare, in concordiam redigendo.

9. E contrario is, contra quem producti sunt testes, nititur declarare, quod per testes nihil contra se sit concludenter probatum, signando similiter capita, quae probanda erant, et demonstrando, quod testes super iis examinati non reddant idoneam causam, quod sibi sint contrarii, quod singulares etc. de quibus exceptionibus, et modo excipiendi, ac reprobandi testes sermo erit §. *seq.*

118

Dub. 1. utrum attestationes in uno judicio receptae, et publicatae fidem faciant etiam in alio judicio? *Ratio dubitandi* sumitur 1. ex *c. inter* 6. *vers. nec attestationes prope fin. de fid. instrum.* ubi expresse deciditur, attestationes in uno judicio receptas in alio fidem non facere. 2. *c. praesentata* 50. *h. tit. in fin.* dicitur, ita demum testimonia in alio judicio fidem facere, si jam decesserint testes recepti; illis autem superstitibus in optione adversarii esse, contra quem producti sunt, an eorum depositionibus credere, vel eos denuo examinari malit. 3. attestationes productae in judicio inter acta judicialia enumerantur *cap. quoniam* 11. *de probat.* quae perem-

pta instantia, pereunt; *l. cum lite 2. ff. judicat. solvi.* 4. sicut attestatio habet vim, et effectum probationis, ita etiam juramentum, sed constat juramentum praestitum in uno judicio non habere vim, seu effectum in alio; ergo etc. 5. non majorem effectum habet attestatio, quam sententia in ipsa fundata, constat autem sententiam, in uno judicio prolatam, non ita in alio jus facere, ut necessario observari debeat; ergo etc.

Sed utendum est distinctione, an coram judice incompetente recepti sint, et ab eo, vel ejus autoritate examinati, an coram competente. *Si primum*, non faciunt fidem, ut ex communi docet Clar. §. *fin. quaest.* 36. *n.* 49. Barbosa *in cap.* 4. *de jud. n.* 1. Vvagn. Pirh. *ibid. de judic. n.* 88. Schambog. *ibid. n.* 42. Vviest. *n.* 96. et ratio clara est, quia actus ab incompetente judice celebratus ex defectu jurisdictionis est ipso jure nullus. Estque hoc ita verum, ut etiam confessio, coram ejusmodi judice incompetente facta, vim tantum confessionis extrajudicialis habeat, ad condemnandum vero, et puniendum reum apud legitimum judicem nequaquam sufficiat, ut patet ex percelebri rescripto Alexandri III. quod refertur *c. at si clerici* 4. *de judic.*

119

Si secundum, altera distinctio est adhibenda, et videndum, an in altero hoc judicio lis agatur inter personas extraneas, et a prioribus omnino diversas, respectu quarum receptae sunt; an vero inter easdem vel his succedentes. *Si prius*, respectu illarum fidem plenam non faciunt, ex vulgata regula, quod inter alios acta aliis non praejudicent; *cap. inter* 6. *vers. porro de fid. instrum.* Dixi *fidem plenam*; negari enim non potest ejusmodi acta probatoria inter diversas etiam personas aliqualem fidem, vel praesumptionem facere, sicut et sententia iisdem personis, etsi diversae sint ab his, inter quos lata est, praejudicium aliquale affert; Abb. *in c. causam* 11. *h. t. n.* 4. Fel. *ibid. n.* 18. *et* 19. Pirh. *hic n.* 206. Vviest. *de judic. n.* 100.

Si posterius, utendum distinctione tertia, et attendendum, an receptae sint solum ab arbitro, et ab hoc publicatae, an a judice. *Si ab arbitro* tantum, fidem faciunt, si testes illi jam mortui sint; si vero vivant, in optione adversarii, contra quem producti sunt, est, utrum depositiones illorum velit admittere, vel denuo productionem eorum petere: tunc enim iterum recipi attestationes illorum debent; Abb. *in c.* 50. *h. t. n.* 7. Pirh. *n.* 209. *Ratio primae partis* est; licet acta coram arbitro, utpote non habente jurisdictionem, non sint proprie judicialia, aequitas tamen suadet, ut, si mortui sint testes, eorum depositiones, receptae, et publicatae ab arbitro, fidem faciant etiam in judicio ordinario, ne copia probationum pereat. *Ratio se-*

cundae partis; quia si adhuc testes ab arbitro recepti vivant, denuo possunt recipi, et cons. non est tantum periculum, ne copia probationum pereat, sicut est, quando sunt mortui; hinc jus noluit partem contra quam producuntur, cogere ad habendam fidem ejusmodi attestationibus, sed liberum ei reliquit, an stare iisdem velit, necne.

120

Si vero receptae, et publicatae sint a judice, in eadem causa, et inter easdem personas, eisque succedentes fidem faciunt etiam coram alio judice. Ita Innoc. *in c. causam* 11. *h. t. n.* 3. Gonz. *ibid. n.* 3. Vivia. *in c. veniens* 10. *eod. in ration.* Marant. *de ord. judic. p.* 5. *n.* 55. Mascard. *de probat. concl.* 33. *a n.* 1. Gail. *l.* 1. *obs.* 103, *n.* 1. Pirh. *hic n.* 203. Scham. *de jud. n.* 42. Vvies. *ibid. n.* 98. et patet *ex c. causam cit. et fin. C. eod.* Ratio est, quia in unoquoque judicio attenditur veritas, quae semper, et ubique est una. Hinc nisi litigantes citati opposuerint contra attestationes in priori judicio, praesumitur eos nihil objicere, et illis attestationibus acquievisse.

Dixi autem 1. *inter easdem personas, eisque succedentes;* nam attestationes receptae inter easdem personas valent, et probant non tantum pro ipsis personis litigantibus, sed etiam pro earum haeredibus, et successoribus, quando ad idem agitur; et universim prosunt omnibus, quibus res judicata prodesse potest; *arg. l. is apud* 2. *C. de edend.*

Dixi 2. *in eadem causa;* nam si diversa agatur causa et ad finem diversum, etiam inter easdem personas in alio judicio, licet praesumptionem, fidem tamen non faciunt. Et sic 1. in judicio ordinario fidem plenam non faciunt regulariter attestationes receptae in judicio summario, nisi receptae sunt praevia litis contestatione, et juris solemnitatibus accurate servatis; Gail. *obs.* 103. *cit. n.* 3. 2. in judicio criminali receptae in civili judicio, nisi sint omnino liquidae, et indubitatae, ob majus praejudicium, de quo agitur in judicio criminali; ob quod requiruntur probationes luce meridiana clariores; *l. fin. C. de probat.* 3. In possessorio ordinario receptae in momentaneae possessionis judicio; quia in hoc posteriore processus est summarius, et in eo attestationes ad diversum effectum recipiuntur, et non publicantur; Vvies. *de judic. n.* 103. 4. In judicio ecclesiastico ad poenam canonicam decernendam in reum receptae coram judice saeculari ad effectum infligendi poenam legalem, et vice versa; Pirh. *de judic. n.* 96. Scham. *ibid. n.* 43. Konig *n.* 79. Vvies. *n.* 166. qui tamen recte monet, judicem posteriorem hoc casu petere a priori posse communicationem ejusmodi actorum; et si probationes erroris suspicione careant, eisque crimen sufficienter pro-

batum appareat, illis se conformare, ac secundum eas, sententiam proferre posse.

121

Dixi 3. *si publicatae sint a judice*: nam si publicatae nondum fuerunt in priori judicio, non probant coram alio judice, qui non habet notam quantitatem testium, etiam inter easdem personas; Felin. *in c.* 22. *de sent. et re jud. n.* 4. *et in c. causam cit. n.* 13. Gonz. *ibid. n.* 6. Gail. *l.* 1. *obs.* 103. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 203. et apud hunc alii. Ratio est, quia ante publicationem attestationibus nondum tribuitur fides publica, nec veritas rei adhuc detegitur. *Procedit* autem hoc regulariter; nam plures sunt casus, in quibus attestationes etiam non publicatae fidem faciunt coram alio judice. Et 1. quidem, si judex posterior subrogatus priori sit, et eidem succedat; nam hic ferre sententiam debet, et judicare ex actis et attestationibus receptis a priore judice, etsi publicatae illae non sint: et ratio est, quia successor idem veluti judex censetur cum priore, sicut etiam eadem causa, et idem est judicium; *l. proponebatur* 76. *ff. de judic.* Idem ex eadem ratione dicendum est de judice appellationis, aut revisionis; Abb. *in c. causam cit. n.* 2. Fel. *ib. n.* 16. Pirh. *hic n.* 204. 2. si pars consentiat, de cujus praejudicio agitur; nam de hujus consensu judex posterior publicare attestationes a priore receptas potest, et tunc merentur fidem; Felin. *n.* 14. Gonz. *ibid. n.* 6. Pirh. *n.* 205. 3. si testes sint mortui, vel alias multum distent, ut iterato produci nequeant; Felin. *n.* 15. Gonz. Pirh. *l. cit.* 4. si testes sint senes, valetudinarii, vel alii recepti ante litem contestatam, et ad perpetuam rei memoriam; Felin. *n.* 17. Gonz. Pirh. *l. cit.*

Neque obstant argumenta opposita. *Ad* 1. in eo textu sermo est, cum causa alia, vel inter alios agitur, quo casu non aliter producenti prodest in nova causa probatio, quae in veteri profuit, quam si eandem iterum producat in nova: *ad* 2. *in c. praesentata cit.* sermo est de testibus, qui recepti sunt coram arbitris, de quibus dictum est *n.* 119. *Ad* 3. patet ex *tit. praec.* perempta instantia solum perire acta ordinatoria judicii, non autem instructoria. *Ad* 4. etiam juramentum inter easdem personas; et in eadem causa vim habet in alio judicio: unde negativa solum intelligenda est casu, quo nova causa, vel novus articulus proponitur in judicio, super quo testis juramentum nondum deposuit. *Ad* 5. sententia, si in rem judicatam transiit, inter easdem personas, et in eadem causa jus facit; igitur multo magis fidem, quia pro veritate habetur.

122

Dub. 2. utrum post publicatas attestationes liceat producere testes vel eosdem, vel novos super articulis iisdem vel novis? Circa

hoc dubium adverto, articulos alios dici antiquos, alios novos, alios non omnino novos, sed ab antiquis dependentes. *Articuli antiqui* dicuntur, qui jam ante propositi fuerunt in libello. *Articuli omnino novi*, qui non sunt propositi, et sunt omnino impertinentes ad causam. *Articuli non omnino novi, sed dependentes ab antiquis*, qui propositi, et probati adjuvant causam, seu intentionem agentis. Praeterea alii articuli sunt *directe contrarii*, alii *indirecte*. *Priores* dicuntur, qui directe adversantur depositioni testium, quos altera pars produxit, ut si actor inter positiones expresse posuit, et per testes probavit se mutuum dedisse certo loco, et tempore; reus autem probare velit contrarium, nempe se eo tempore non fuisse in eo loco. *Posteriores sunt*, qui indirecte solum adversantur articulo priori, ut si actor deponat se mutuum dedisse Titio sine expressione temporis, et loci, testes vero ab eo postea producti deponant de certo loco, et tempore.

123

Jam quod post publicatas attestationes non admittantur testes super articulis omnino novis, exploratum est; nam hi rejiciuntur in omni causa, etiam ante publicationem testium: et ratio est, quia non debet quis admitti ad probandum, quod probatum non valeret; *c. cum contingat* 36. *de offic. deleg. l. ad probationem A.C. de probat.* E contrario admitti debent articuli non omnino novi, si post publicationem tales emergant, et pars velit super his novos testes producere. Casus est, cum quis vult reprobare dicta, et depositiones testium contra se adductorum; tunc enim ad probandum, quod falsum deposuerint, potest alios testes producere, qui probent testium contra se adductorum mendacium: imo ejusmodi testes admitti possunt etiam post sententiam, ut testatur Myns. *cent.* 4. *obs.* 60. *n.* 10. et probat a paritate cum instrumentis, quae noviter reperta post sententiam afferri possunt; instrumenta autem et testes in exercendis litibus aequiparantur, et quae favorabilia sunt, possunt extendi ex similitudine casus. Ratio a priori est, quia in his cessat subornationis suspicio, ut bene notat Vivian. *in cap. causam* 19. *h. tit.* Similiter recipi post attestationum publicationem possunt testes super articulis solum indirecte contrariis, ut sumitur ex *cap. ex tenore* 35. *eod.* Utroque tamen casu, sive admittantur super articulis novis, qui ab antiquis dependent, sive super articulis indirecte contrariis, necesse est, ut iterum juramentum praestent de dicenda veritate, ut statuitur *cap. fraternitatis* 17. *h. tit.* alias enim non admitterentur; quia testi non jurato non creditur.

124

Quaestio igitur solum procedit de antiquis, vel directe contrariis articulis. Videntur etiam hi recipiendi. Nam 1. *l. fin. C. hoc tit.* productio novorum, et antiquorum testium super iisdem diserte permittitur. 2. idem conceditur *l. eos qui* 6. §. *siquis C. de appell. et l. per hanc* 4. *C. de tempor. appellat.* 3. concordat jus canonicum; *c. constitutis* 46. *et c. praesentata* 50. *h. t.* ubi diserte asseritur publicatis attestationibus testes posse recipi. 4. testes toties recipiendi sunt, quoties per illos veritas obtineri potest; *l. unius* 18. §. *cogniturum* 9. *ff. de quaestion.* sed publicatis attestationibus, ex nova testium productione forte veritas obtineri potest: ergo etc. 5. si testis productio denegetur post publicatas attestationes, saepe contingct, ut innocens damnetur, qui potuisset se novorum testium productione defendere.

125

Verum his non obstantibus, dicendum, post publicationem attestationum non posse regulariter alios, vel eosdem testes produci super iisdem, vel directe contrariis articulis. Ita Abb. *in cap. fraternitatis* 17. *h. tit. n.* 1. Gonzal. *ibid. num.* 1. *et seq.* Laym. *n.* 1. Barbos. *n.* 1. Vivian. *in cap. intimavit* 18. *eod.* Fagn. *ibid. n.* 8. Vvagn. *in cap.* 48. *dict. tit.* Consentiunt Marant. *de ord. judic. p.* 6. *til. de test. product. n.* 22. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *cap.* 6. *n.* 60. Gail. *l.* 1. *obs.* 105. *n.* 2. Farin. *prax. qu.* 75. *a n.* 68. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 166. Vall. *hic* §. 3. *n.* 5. *et* 21. Zoes. *n.* 23. Pirh. *n.* 115. *et seqq.* Engl *n.* 48. Konig *n.* 58. Vviest. *n.* 115. *et seqq.* et sumitur ex *cap. fraternitatis cit. cap. cum venisset* 25. *et Clem.* 2. *eod.* Ratio est, tum quia partes ulteriori productioni per admissam publicationem renuntiasse censentur; tum propter periculum, ne aliqui testes subornentur, si partes ex publicatione intelligant, priores non deposuisse secundum exspectationem suam. Proceditque responsio tam in prima, quam in secunda instantia, nec de jure canonico tantum, quod patet ex *Clem.* 2. *cit.* sed ut teste Haun. *n.* 172. habet communior et verior sententia, etiam de jure civili, quod colligitur ex *novell.* 94 *cap.* 4. ubi imperator non restringit ad primam instantiam, sed absque limitatione terminis universalibus loquitur. Accedit, quod ratio, ob quam id statutum est in prima instantia, etiam pugnet pro secunda, nempe periculum subornationis: ergo cum ratio sit anima legis, et ubi eadem ratio est, idem statuendum jus sit, recte infertur pontificem non novum jus quoad causam appellationis condidisse, sed potius jus caesareum interpretatum esse, et huic interpretationi standum.

126

Dixi autem *regulariter*; nam plures sunt casus, in quibus post publicatas attestationes iidem, vel alii testes super iisdem, vel directe contrariis articulis denuo produci, et recipi possunt. Et 1. quidem si testes non sint recepti legitime, ut si facta esset receptio testium a judice incompetente, vel ante contestationem litis, aut si examinati non essent sufficienter super omnes articulos, super quibus eos interrogari initio fuit petitum; *c. per tuas* 48. *et c. cum clamor* 53. *h. tit.* Ratio est, quia paria sunt non fieri, et non rite, aut legitime fieri; et alias dolus, aut negligentia judicis parti litiganti obesse posset. 2. si agatur diverso modo, et ob alium finem. Exemplum est, cum receptae, et publicatae sunt attestationes in judicio summario; nam hac publicatione non impeditur pars litigans, quin super iisdem articulis vel eosdem, vel alios testes producat in judicio ordinario *capit. veniens* 38. *hoc titul.* Ratio est, quia in judicio summario sufficiunt probationes leviores, majores exiguntur in plenario, adeoque in hoc priores non faciunt sufficientem fidem. 3. si judex ex officio pro meliore sua informatione repetere testium depositiones velit; nam generaliter, ubi aequitas judicem moverit, is ante sententiam definitivam interrogare potest, donec veritatem rei exploratam habeat; *can. judicantem* 21. *caus.* 30. *q.* 5. 4. si pars adversa consentiat expresse, vel tacite non opponendo; nam constitutio, productionem testium post publicatas attestationes prohibens, facta est in favorem partium, cui proinde istae renuntiare possunt; Fariu. *prax. q.* 75. *n.* 179. 5. si non utraque pars in publicationem consenserit; quia publicatio sic facta non est rite facta, et cons. nulla. 6. si priores attestationes sint perditae; quia paria sunt non esse, et non apparere. 7. si testes obscure, et ambigue prius deposuerunt; quia indecens est, ut in re dubia certa detur sententia. 8. si ob reprobationem adversarii necesse sit priorum testium depositionem novis testibus confirmare. 9. si minori, aut iis, qui privilegio minorum gaudent, vel etiam majori ex causa justa concedatur in integrum restitutio. 10. in causa matrimoniali, quando agitur de impedimento dirimente matrimonium; *cap. series* 26. *etc. cum in tota* 44. *h. t.* et hoc ideo, quia vertitur periculum animae, si personae cum impedimento dirimente matrimonium contraherent, vel in contracto persisterent. 11. in causis criminalibus, nam in his etiam, postquam jam fuit conclusum in causa, alii testes produci, et recipi possunt, praesertim ex parte rei ad ostendendam illius innocentiam, quam reus semper ostendere potest, et defensiones suas proponere; *l. unius* 18. §. *cogniturum ff. de quaestion.* 12. in aliis omnibus causis, quae non

transeunt in rem judicatam. Quae et plura alia vide latius apud Farin. *q.* 75. *cit. a n.* 98.

127

Sic limitatae responsioni non obstant argumenta contraria. *Ad* 1. in *l. cit.* sermo est de receptis attestationibus coram arbitro: de quo *n.* 119. *Ad* 2. ut gloss. *in c. fraternitatis* 17. *V. novis h. tit.* cum aliis *l. citat.* explicat, ibi sermo est de articulis non iisdem, sed novis, et ad causam pertinentibus: de quibus *n.* 123. *Ad* 3. *cap. constitutus cit.* publicatio testium legitime facta non est, utpote inaudita parte, quae contra jus per vim prohibita fuit, ne intentionem suam probaret, ut constat ex ipso textu: *c. presentata* autem loquitur de testibus publicatis non coram judice, sed coram arbitris. *Ad* 4. concedo, testes toties recipiendos, quoties per illos de veritate legitime constare potest; non autem legitime constat, quando tempore, et modo a legibus definito constat. *Ad* 5. periculum, ne innocens damnetur ob non admissos testes post attestationum publicationem, est rarissimum; nam communiter, et per se loquendo litigantes initio statim adhibent testes, quos maxime sibi profuturos judicant, estque illis integrum adhibere illos in numero non exotice profuso: ergo non nisi rarissime potest contingere, ut supersint novi testes in favorem producentis depósituri. E contrario si productio novorum testium post dicicitas attestationes, seu quod in effectu idem est, post earum publicationem permitteretur, frequentissime opprimeretur veritas, et daretur amplissima occasio subornandi testes ad opponendum contra prius receptos: quod malum, cum universalius sit, magis vitandum est, quam periculum, quod in rarissimo casu in periculum adduceretur innocentia.

128

Dub. 3. an, et quaenam exceptiones contra testes opponi post attestationum publicationem possint? Respond. distinguendo inter tria exceptionum genera, quae contra testes, ut *n.* 132. dicam, opponi possunt, videlicet contra personas testium, contra examen illorum, et contra ipsorum dicta. De exceptionibus contra examen, et contra dicta testium nulla est difficultas, nam *contra dicta testium*, cum haec solum post publicationem attestationum innotescant, solum opponi, et excipi post easdem publicatas potest. De exceptionibus *contra examen* eorundem constat ex capitibus, ex quibus hae opponuntur, quod partim post, partim ante publicatas attestationes opponi possint.

Quaestio igitur solum restat de exceptionibus *contra personas testium*. Videtur etiam istae opponi post attestationes publicatas posse. 1. quia oppositio contra testes non dilatoria, sed peremptoria

exceptio est, sed peremptoriae exceptiones quocunque tempore ante sententiam opponi solent; *c. intelleximus* 1. *de ordin. cognit. l. peremptorias* 2. *C. sentent. rescind. non poss.* igitur etiam publicatis attestationibus licet contra testes opponere. 2. juxta *cap. denique* 1. *de except.* crimina testibus opponi possunt ante sententiam: ergo etiam attestationibus publicatis. 3. *l. querela* 12. *C. ad leg. corn. de fals. et cap. venerabilem* 14. *de except.* statuitur exceptionem criminis contra testes, quia corrupti dixerunt, posse a litigatore proponi non solum durante prima instantia, sed etiam intra spatium 20. annorum post latam definitivam sententiam.

129

Verum his non obstantibus dicendum, post publicationem factam regulariter et de jure non amplius posse excipi contra personas testium. Constat *ex c. praesentium* 31. *hoc tit.* et notat *ibid.* Vivian. *in ration. princ.* Gonzal. *n.* 1 *.et seqq.* Barbos. *n.* 1. *seqq.* Hltrop. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 6. *n.* 20. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 191. Pirh. *hic n.* 240. Engl. *ni* 51. Konig *n.* 57. Vviesl. *n.* 108. et apud hos alii. *Ratio est*, quia timetur, ne is, contra quem testis deposuit, hoc ipso irritatus malitiose fingat causam suspicionis. Accedit, quia qui testem semel admisit ad examen, et insuper ejus depositionem publicari petiit, videtur eundem approbasse, cons. amplius ipsum reprobare non potest.

Dixi autem *regulariter*; nam, ut ex *cap. cit.* colligitur, tres casus sunt, quibus exceptiones adversus personam testis admittuntur etiam post publicatas attestationes. Et 1. quidem, si ante examen, vel publicationem attestationum reus protestatus est, aut sibi reservavit exceptiones contra testes, ut hodie plerumque fit; nam protestatio haec suspicionem malitiae tollit, et jus reo ad excipiendum conservat. 2. si reo primum post publicationem innotescat causa suspicionis, ut quod pecunia corruptus, infamis, aut consanguineus sit etc. nam hoc si probet, causa suspicionis cessat. 3. si reus post publicationem, premisso juramento malitiae possit aliquam causam rationabilem allegare, quare prius contra personas non exceperit; nam juramentum elidit praesumptionem contrariam. Imo si testes fuerint absolute inhabiles ad testificandum, cujusmodi est excommunicatus vitandus, servus, furiosus, infamis infamia juris etiam absque juramento opponere exceptionem licet post publicatas juris depositiones, ut notant Felin. *in cap. praesentium cit. n.* 4. Laym. *ibid. n.* 2. Haun. *n.* 191. Pirh. 252.

130

Neque obstat *l. testes* 1. *C. de testam.* ubi dicitur, si servus, qui alioquin inhabilis est, testis adhibeatur in condendo testamento,

cum conditio servilis publice ignoretur, testimonium illius in hac causa infirmari non posse; nam disparitas est, quia in hoc casu testis requiritur ad solemnitatem, et substantiam actus: et hinc, si ejus defectus publice ignoretur in loco, ubi actus celebratur, jus supplet defectum, si remisibilis sit per legislatorem; *l. barbarius* 3. *ff. de offic. praetor.* at in nostro casu testis requiritur ad probationem, quae non censetur suppleri per hoc, quod testis inhabilitas publice ignoretur.

Ad argumenta in contrarium opposita facilis est responsio. *Ad* 1. oppositiones istae, quibus excipitur contra testes, proprie non sunt exceptiones causae principalis, sed potius depositionum testium: hinc nihil impedit, quo minus proponantur tempore citationis ad testes audiendos factae, vel postea, modo proponantur ante publicationem testium. *Ad* 2. textus noster, et fundata in illo assertio procedit in objectione criminum, vel aliorum defectuum contra testes; textus autem *cap.* 1. *cit.* pro ratione dubitandi procedit in eorundem criminum probatione, quae duo utique longe diversa sunt: nam is, qui vult objicere contra personas testium, hoc facere debet ante publicationem attestationum; probatio vero hujusmodi exceptionum, modo congruo tempore propositae sint, satis est, si fiat ante sententiam. *Ad* 3. magna est disparitas inter exceptiones, quae opponuntur contra dicta testium, qualis est in casu *l. querela cit.* et inter eas, quae opponuntur contra earum personas: priores, ut est falsitas, opponi possunt etiam post sententiam intra 20. annos, non autem secundae.

131

Ex his patet triplicem esse effectum publicationis testium. *Primus*, quod attestationes in causa aliqua coram uno judice legitime receptae, et publicatae, in eadem causa, et inter easdem personas, eisque succedentes, aut ab eis jus habentes, coram alio etiam judice fidem faciant, prout dictum est *a n.* 118. 2. quod post publicatas attestationes nec priores, nec novi testes super iisdem, vel directe contrariis articulis regulariter produci, et recipi possint, ut ostensum *a n.* 122. 3. quod post eandem publicationem exceptiones contra testium personas non admittantur, ut ostensum *a n.* 128.

Disputant hic aliqui, an publicatio attestationum sit de substantia processus. Asserere videtur Accursius *in l. prolatam* 4. *C. de sent. et inter loc.* apud Gaill. *l.* 1. *obs.* 105. *n.* 1. Sed melius retinetur negativa cum eodem Gaill. *l. cit.* Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 165. et hinc, si ea non petatur, et propterea omittatur a judice, vel petatur quidem, sed ab eo negetur, nec appelletur a denegatione, sententia omnino subsistet; Abb. *in c. cum J. et A* 22. *de sent. et re judic. n.* 20. Clar. §. *fin. q.* 61. *pr.* Menoch. *de arbitr. l.* 1. *q.*

33. *a n.* 1. Ratio est, quia judici attestationes, aliaque acta judicii, et allegata partium jura, ex quibus sententia ferri debet, semper sunt publicata.

Dixi *nec appelletur*; nam etsi omissio illius sententiam, et acta non vitiet, si tamen parti publicationem petenti judex eam facere recuset, licebit a gravamine hoc appellare; quia licet ad substantiam ejus non pertineat, est tamen de praecepto, ut notant Gaill. et Haun. *l. cit.* Addidi *parti petenti*; nunquam enim publicatio ista fieri debet ad petitionem tertii intervenientis in judicio, etiamsi ejus aliquo modo intersit, nisi adversarius ad cujus petitionem attestationes receptae sunt, in publicationem illarum consentiat; Vivian. *in c.* 30. *h. tit.* Ratio est, quia hoc cederet in praejudicium ipsis partibus, quae amplius producere testes super illis articulis non possent.

§. V.

De reprobatione testium.

SUMMARIUM

Reprobatio testium fit excipiendo. Hinc

132

Quaeritur 1. quotuplicis generis exceptiones fieri contra testes possint? Resp. adversus illos, ut *supra n.* 128. innui, triplici ex capite posse excipi, videlicet contra personas testium, contra examen illorum, et contra ipsorum dicta.

Contra personas testium excipitur opponendo non esse idoneas ex his capitibus, quae *a n.* 2. enarrata sunt: hinc nihil de iis hic attinet dicere. Solum noto, quando pars adversa nihil contra personam testis opponit, stari illius depositioni, etiamsi forte contra illam excipi potuisset, ut bene notat Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 191. cen-

setur enim favori pro se introducto renuntiare. *Excipe* 1. si vitium illud non utilitatem partis privatam, sed publicum jus concernat; nam ea, quae sunt juris publici, privatorum pactis remitti nequeunt. 2. Si vitium invincibiliter ignoretur; nam in casu talis ignorantiae etiam contra vitium, quod privatam solummodo partis utilitatem concernit, excipi potest. 3. Si post productionem nova causa supervenerit, ob quam reddatur inhabilis, quae ante non suberat.

133

Contra examen testium excipi potest pluribus modis, quos notat Hiltrop. *process. judic. part.* 3. *tit.* 9. *cap.* 6. *a n.* 3. Et 1. quidem, quod a judice incompetenti sint examinati, e. g. clericus a judice saeculari sine permissu superioris. 2. quod testes producti, et recepti sint ante contestationem litis: intellige, si sine justa causa hoc factum sit. 3. quod recepti sint adversa parte non citata. 4. quod non juraverint de dicenda veritate. 5. quod admissi sint ad testificandum post trinam productionem sine solemnitate legali. 6. quod recepti post didicita testificata. 7. post elapsas dilationes ad probandum concessas. 8. post renuntiationem probationum factam a partibus. 9. post conclusionem in causa. 10. quod non secreto, sed omnes simul testimonium dixerint. Haec enim omnia, ut ex dictis *a n.* 93. constat, solemnitati examinis obstant.

134

Contra dicta testium varia rursum opponi possunt, ut ostendit, idem Hiltrop. *l. hic a n.* 123. 1. quod testis deponens non reddiderit rationem sui dicti idoneam. 2. quod vacillet, et variet. 3. quod dubitative, vel obscure, et confuse testimonium dixerit. 4. quod dicta illius, vel illorum inter se sint contraria, vel diversa. 5. quod deponant sub eadem verborum forma: quia praemeditatum sermonem afferre videntur. 6. quod depositio illorum sit negativa, non coarctata ad locum, et tempus, licet facile sit coarctabilis; nam testis ita deponens suspectus est de falsitate. 7. quod contrarietur confessioni partis eum producentis. 8. quod non habeat scientiam rei, sed deponat tantum de credulitate, vel de auditu alieno, eosque anthores habeat, quibus, si ipsi deponerent, non crederetur. 9. quod deponat, et dicat inverisimilia, i. e. talia, quae vel ita se habere, vel testis scire moraliter vix potest, v. g. si homicidium in tenebris factum sit, et testis dicat, quod ex visu homicidam optime noverit. 10. quod testis sit nimis verbosus, et deponat extra articulum; nam nimia verbositas facit testem suspectum de subornatione, vel magna affectione erga producentem. 11. quod sit testis singularis. 12. quod se referat ad depositionem invalidam. 13. quod in uno articulo deposuerit falsum. 14. quod deposuerit in scriptis etc.

135

Porro in casu, ubi ratione expressae, vel tacitae admissionis excipi contra testium personas nequit, adhuc tamen excipi potest contra eorundem dicta, et examen. Imo possunt aliquando simul, et semel exceptiones fieri ex omnibus his tribus capitibus. Consultius tamen est, ut prius dicta impugnentur, quam personae: unde Everhardus advocatos monet, ut tum demum ad reprobationem personarum pergant, quando viderint testimonia illorum aliter infringi non posse. *Excipitur*, si persona testis notorie sit inhabilis; tunc enim si judex ex officio eum non repelleret, ad lites abbreviandas quandoque expeditius foret reprobare statim ejusmodi testis personam.

136

Quaeritur 2. an, et quando exceptio opposita contra testes impediat eorum receptionem? Resp. ordinarie non impedire eorum receptionem, et examinationem; sed quaestio illa de inhabilitate testis opposita in finem litis reservari potest, ut sumitur ex *auth. si testis C. hoc tit.* et docet *ibid.* Bartol. *n.* 3. gloss. *in cap.* 7. *V. infames tit. eodem.* Abb. *ibid. n.* 8. Felin. *n.* 12. Mascard. *de probat. concl.* 695. *a n.* 1. Farin. *prax. q.* 62. *a n.* 350. Pirh. *hic n.* 247. Ratio est, quia fortasse in progressu litis patebit, quod judex etiam sine eorum testium, de quorum inhabilitate opponitur, depositionibus, ex aliis probationibus sententiam ferre possit, adeoque frustra disputaretur de habilitate illorum testium.

137

Procedit autem hoc regulariter; nam plures limitationes istius doctrinae afferunt Menoch *de arbitr. cas.* 239. *a n.* 7. Mascard. *l. cit. a n.* 5. Farin. *a n.* 357. Pirh. *n.* 248. *et duob. seq.* Et 1. quidem, si testi objiciatur crimen, vel defectus, qui aut notorius est, aut talis saltem, ut in continenti probari possit; *c. ex parte* 7. *h. tit.* 2. si contra testes, quibus opponitur exceptio, sit praesumptio juris, ut si testi contra te producto opponas ipsum esse servum, adeoque inhabilem ad testificandum, testis autem fateatur hoc, sed dicat se manumissum esse a domino; cum enim manumissio potius non facta praesumatur a jure, in continenti probari debet a teste et eo usque differetur ejus receptio: *authent. si testis cit.* 3. si opponatur contra testem, quod sit capitalis inimicus illius, adversus quem producitur, quia hic audiri non debet, antequam de inimicitia judicetur; *auth. cit.* §. *si vero* 4. si objiciatur testi, quod sit excommunicatus vitandus ob periculum communionis; *cap. pia* 2. *de except. in* 6. 5. si testes sint infirmi, senes, diu abfuturi etc. ut periculum sit, ne si differatur illorum examen examinari postea non amplius possint.

Extra hos casus, ut communiter DD. notant, plerumque est in arbitrio judicis, an exceptiones contra testes oppositas reservare velit in finem litis, vel non.

138

Quaeritur 3. quousque licitum sit reprobare testes? Resp. Licet reprobare testes probatorios, et horum reprobatorios, sed reprobatorios reprobatoriorum reprobare, sive alios contra hos testes producere non amplius est concessum. Ita statuitur *c. licet dilectus* 49. *h. tit.* et notat gloss. *ibid. V. quos,* Abb. *n.* 1. Laym. *n.* 1. Barb. *n.* 1. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 17. Zoes. *n.* 18. Pirh. *n.* 251. Vviestner *n.* 103. Sistitur autem in reprobatione reprobatoriorum, nec permittitur, ut reprobatorii reprobatoriorum reprobentur per alios testes, ne sedetur processus in infinitum, sed sit aliquis litium finis.

Neque obstat *reg.* 32. *in* 6. quae praecipit, ut in judicio inter actorem, et reum servetur aequalitas; nam adhuc servatur aequalitas: vel enim solus actor producit testes probatorios super causa principali, vel etiam reus. *Si secundum,* sicut reus potest reprobare testes actoris probatorios, et reprobatorios, ita etiam actor rei. *Si primum*, ipse reus in causa fuit, quod testes probatorios super causa principali non produxerit, quos si produxisset, potuissent hi reprobari ab actore per alios testes, illi autem denuo reprobari a reo. Unde utrique tam actori quam reo vel actu, vel potentia licet reprobare probatorios adversarii, et simul reprobatorios testium a se productorum; nulli autem reprobare licet reprobatorios reprobatoriorum.

Dixi autem *per alios testes;* nam reprobatio testium secundo reprobatoriorum fieri ulterius potest per instrumenta, ut notat Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 193. Pirh. *hic n.* 253. et alii. Neque obstat *c. licet cit.* quia ibi prohibetur solum tertia reprobatio per testes; instrumenta autem in materia odiosa, qualis haec est, non veniunt proprie nomine testium, aut vicissim testes nomine instrumentorum.

139

Quaeritur 4. quis sit modus servandus in reprobatione testium? Resp. hic in duobus consistit, ut colligitur ex *c. praesentium* 2. *vers. testes hoc tit. in* 6. et docet *ibidem* Vivian. *in ration.* Pirh. *a n.* 254. cum aliis. *Primum* praestari debet universim a quocunque, qui reprobare contendit testes sive probatorios, sive reprobatorios reprobatoriorum. *Alterum* fieri solum debet a reprobaturo reprobatorios.

Illud est, ut crimina, aliique defectus contra testes objecti, item nomina testium, tum eorum, quos reprobare, tum illorum, per quos reprobare testes intendit, specifice exprimantur a reprobaturo testes. *Ratio est*, quia alias posset variare, et committere fraudem ad pro-

trahendum negotium in infinitum. Debet igitur depositionem facere in hunc modum : *Intendo probare talem testem adulterum esse, quia talem uxorem talis viri publice habuit pro concubina, et hoc probare volo per testes A. B. C.* et sic de singulis.

Posterius, quod solum concernit eum, qui reprobare intendit testes reprobatorios probatoriorum a se productorum, est, ut praestet juramentum, quod ad reprobationem hanc non procedat malitiose. *Ratio* autem, quare juramentum exigatur in secunda reprobatione testium reprobatoriorum, non autem in prima probatoriorum est, quia contra eum, qui reprobatorios vult denuo reprobare, est major praesumptio, quod id agat ex malitia, quam contra eum, qui tantum vult reprobare probatorios; de priore enim periculum est, ne quasi provocatus se velit ulcisci ob reprobatam fidem testium probatoriorum a se productorum.

Verum haec res potissima ex parte ex judicis pendet arbitrio ; nam et in prima reprobatione, si ita expedire videbitur, juramentum potest exigere a reprobaturo testes. *Excipe*, nisi sit judex delegatus v. gr. a papa, ut contigit in casu *c. praesertim cit.* is enim debet servare mandatum delegantis.

140

Quaeritur 5. an possit quis reprobare testes a se productos ? Resp. non posse eos reprobare, sive excipiendo repellere, tanquam inhabiles. Ita habetur *l. siquis* 17. *C. hoc tit.* et docet gloss. *ibid. V. excipere*, Laym. *in cap.* 31. *hoc tit. n.* 4. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 319. Pirh. *hic n.* 258. Proceditque hoc, sive sit in eodem, sive in diverso judicio. *Ratio est*, quia producendo testes videtur approbasse eorum personas, licet inhabiles, et quos approbavit pro se, etiam debet admittere contra se, juxta *reg.* 21. *in* 6. *quod semel placuit, amplius displicere non potest*; et aliam communem apud jurisperitos : *Qui approbavit personam ad certum actum, vel officium, non potest deinde eandem reprobare, tanquam inhabilem ad idem officium, vel consimile.*

Duae tamen faciendae exceptiones sunt. 1. Si causa reprobandi de novo emergat, aut si prius extitit, sed fuit incognita, ut si inimicitiae capitales inter producentem, et testem supervenerint. 2. Si producens videat, quod testes a se producti contradicant sibi ipsis, vel unus, aut plures aliis a se productis, aut quod deponant pro adversario, contra quem producti sunt. Ratio est, quia producens non censetur approbare, quae testes dicturi sunt, cum ea necdum scire potuerit.

Neque obstat, quod producens instrumentum reprobare illud non amplius possit, nam hic potuisset, et debuisset praevidere, an illud

faciat pro se, vel contra se, antequam illud produceret. At vero is, qui testes producit, praevidere non potest, quid dicturi sint in judicio; quia saepe variant, et postquam per levitatem prius steterunt pro producente, juramenti dein religione accedente, partes adversarii amplectuntur; quia perjurium horrent.

TITULUS XXI.

De testibus cogendis, vel non.

SUMMARIUM

1 *Testes compelli possunt ad testificandum.*
2 *Servato tamen ordine inter poenas.*
3 *Excipiuntur parentes contra liberos, et vicissim.*
4 *Consanguinei et affines.*
5 *Conjuges etc.*
6 *Doctrinae traditae limitatio.*
7 *Discrimen inter privilegiatos, et non privilegiatos.*
8 *In loco judicii non tenentur deponere senes, infirmi, pauperes.*
9 *Longe distantes, milites, personae egregiae.*
10 *Doctores.*
11 *Clerici, et religiosi ad testificandum compelli nequeunt a saeculari.*
12 *Possunt ab ecclesiastico, et suo judice.*
13 *Causae, in quibus compelli testis ad testificandum potest.*
14 *Exceptiones.*
15 16 17 18. *Quando testis compelli possit ad testificandum in causa criminali?*
19 20 *An in hac testificans contra reum irregularis fiat?*

1

Saepe contingit, ut aut metu, aut odio, vel amore aut alia quacunque ex causa testes a parte rogati, vel a judice citati venire renuant, aut si veniant, testificari recusent. Hinc quid eo casu faciendum sit judici, discutitur praesenti titulo.

Quaeritur 1. an testes compelli possint a judice ad ferendum testimonium? Resp. posse ad id compelli, si rogati, et vocati ferre testimonium renuant, nec causam, quae ipsos excuset, afferant. Ita statutum utroque jure; canonico quidem per *rubricam et textus h. t.* civili autem *l. si constitutio* 10. *l. si quando* 19. *et auth. seq. C. de testib.* Ratio est, quia publice utile est ex veritatis occultatione nemini interverti jus suum, quod tamen fieret, si testes a ferendo testimonio se possent subtrahere.

Coguntur autem testes, quando idonei sunt, jure civili vel indicta multa pecuniaria; *l. un. ff. siquis jus dicent. non obtemp.* vel

captis pignoribus ad exemplum tutorum, et curatorum satisdare nolentium; aliquando etiam per confiscationem bonorum, et bannum; Gaill. *l.* 1. *obs.* 100. *n.* 10. *et seq.* Jure canonico, antequam judex ecclesiasticus ad coactionem testium, recusantium testificari, descendat, monendi sunt antea, et si moniti, amore aut favore unius partis, vel odio, aut timore alterius se subtrahere velint, tum primum cogendi sunt, ut constat ex *c. super eo* 3. *h. t.* et notat Abb. *ibid. n.* 3. Pirh. *n.* 6. *hic*, Vvies. *n.* 3. Praesumitur autem testis ob aliquam pravam affectionem tegere veritatem velle, eo ipso, quod rogatus, et monitus testificari renuat, et justam causam, qua se excuset, nullam alleget, ut bene advertit Pirh. *n.* 4. Hinc casu, quo testimonium testis necessarium est, eo quod veritas aliter quam per ipsius testimonium haberi nequeat, si post monitionem non pareat, statim compelli ad testificandum potest.

2

Compelluntur autem per censuras ecclesiasticas *cap. caus.* 1. *et c. pervenit* 5. *h. tit.* ubi noto, si testis citatus sit clericus, conveniens esse, ut non statim poenam excommunicationis vel depositionis judex irroget, sed primo quidem procedat adversus contumacem per censuram suspensionis, et interdicti, postea vero, si testis persistat in contumacia, ad excommunicationem, ac denique ad poenam depositionis, ut patet ex *cap. cum super* 2. *h. tit.* et notat ibidem gloss. *V. depositionis* Imola *ibid. n.* 4. Felin *princ.* Pirh. *n.* 8. *hic* Vvies. *n.* 3. *Excipitur*, nisi judex nimium distet a testibus citatis; tum enim in citatorio statim, ubi praecepit, ut certo die, et loco comparcant, in reluctantes sub conditione ferre ecclesiasticam censuram potest, ut notat Vagn. *in c. causam cit. not.* 2.

Quaeritur 2. quae personae ad testimonium ferendum cogi possint? Resp. omnes, quos non vel jus, vel consuetudo legitime praescripta, vel justa, et legitima causa excipit.

3

Excipiuntur autem complures, qui inviti ad testimonium dicendum cogi non possunt. Et 1. quidem *parentes contra liberos*, et vicissim *liberi contra parentes*; *can. si testes* 3. §. *parentes caus.* 4. *q.* 3. *l. parentes* 6. *C. de test.* Ratio est, quia hae personae in jure pro una, eademque habentur, et ex parte parentis quidem obstat pietas erga liberos, in liberis autem reverentia erga parentes debita. *Extenditur* hoc etiam ad ascendentes, et descendentes in linea paterna, vel materna; nam et isti nomine parentum, et liberorum veniunt, ut notat gloss. *in l. cit. V. adversus* Hiltr. *p.* 3. *tit.* 9. *c.* 3. *n.* 3. Vvesem. *ff. de test. n.* 3. Gonz. *in c.* 11. *h. t. n.* 6. Zoes. *hic n.* 4. Pirh. *n.* 23. *Excipitur* in atrocissimis criminibus, ut veneficii, haeresis,

laesae majestatis etc. tum enim, si alii testes haberi nequeant, admittuntur, et coguntur ad testificandum, ut advertit Farin. *prax. q.* 54. *a n.* 161.

4

2. *Agnati, et cognati*, item *affines*; *can. si testes cit.* §. *item lege Julia l. leg. Julia* 4. *ff. de test.* Ratio est, quia grave nimis est, ut quis contra suum sanguinem cogatur testimonium dicere. *Notanda* tamen hic est differentia inter consanguineos, et affines; nam aliqui ita arcte conjuncti sibi sunt affinitate, ut sibi ad invicem instar parentum, et liberorum sint, ut socer, et socrus, gener, et nurus, vitricus, et privignus etc. alii non ita. *Priores* ne quidem volentes admittuntur ad dicendum adversus se testimonium; *posteriores*, uti et alii consanguinei collaterales, licet ordinarie non possint cogi ad testificandum contra se in causa civili, vel criminali, volentes tamen admittuntur, saltem in causis civilibus. Competit autem hoc privilegium non compellendi testes consanguineos tantum consanguineis propinquis usque ad quartum gradum exclusive, non autem remotioribus, ut cum aliis notat Farin. *q.* 54. *cit. n.* 19. *et* 23.

5

3. *Uxor contra maritum, et vicissim.* Colligitur a fortiori ex *l. lege. Julia cit.* ubi referuntur plures personae, quae sunt respective tantum privilegiatae. Imo constitutio istius legis extenditur ad sponsum respectu parentis sponsae, ut explicatur *l. in legibus* 5. *ff. de testib.* item ad libertos, et patronos; *l. lege Julia cit.* ibi *item ne liberto. Excipitur* tamen, si veritas aliunde haberi non possit; tunc enim hi, imo et consanguinei, atque affines cogi possunt ad testificandum, ut notat Abb. *in cap.* 1. *h. t. n.* 4. Laym. *in cap.* 12. *de test. n.* 6. Vall. *hic n.* 6. Engl. *n.* 6. quia privilegium, seu favor juris hoc casu cessare debet, ne veritas occultetur.

6

Et universim in his, et aliis privilegiatis consideranda est publica utilitas, vel detrimentum; nam publica utilitate sic exigente, personae etiam privilegiatae adigi possunt ad testimonium perhibendum; ita, ut ne clerici quidem excipiantur, ut sumitur ex *can. quanquam* 2. *caus.* 14. *quaest.* 2. et docet Abb. *in cap.* 1. *cit. n.* 4. Hiltrop. *cap.* 3. *cit. n.* 6. Gail. *l.* 1. *obs.* 100. *n.* 15. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 144. Vallen. *hic n.* 7. Sed tunc de jure canonico necesse est probari, quod testimonium hujusmodi privilegiatae personae necessarium sit, vel quod malitiose se subtrahat; nam praesumitur se subtrahere non malitiose, sed ob privilegium, quod ipsum habere constat.

7

Unde privilegiati a non privilegiatis in hoc differunt, quod hi, si testimonium ferre nolint, debeant ostendere se causam justam ex-

cusandi habere; alias coguntur, cum adversus ipsos sit praesumptio, quod ex prava affectione renuant. At privilegiati causam aliam excusantem afferre non debent, nisi privilegium, sed ipsis probari debet, quod testimonium eorum sit necessarium, et aliter veritas haberi nequeat. *Excipe*, si privilegiati testes adhiberi se passi fuerint in aliquo contractu, vel testamento; nam si postea super eo contractu, vel testamento lis judiciaria oriatur, non poterunt amplius munus ferendi testimonium in judicio declinare super illo contractu, vel testamento: et ratio est, quia ex quo libere acceptarunt munus testis, videntur renuntiasse excusationi, seu privilegio huic gloss. *in l. inviti* 8. *V. non licet circ. fin. ff. de test.*

8

Quaeritur 3. an omnes, qui compelli possunt ad testimonium ferendum, cogi possint, ut testimonium ferant coram judice in loco judicii? Resp. negative; nam plures sunt, qui cogi possunt simpliciter ad testificandum, non tamen compelli possunt, ut testificentur coram judice causae, vel in loco judicii.

Tales sunt 1. *privilegiati ob senium*, si sic sint majores 70. annis; nam hi vocati ad testificandum non coguntur personaliter accedere ad judicem, etiamsi veritas aliter sciri nequeat, nisi per ipsos, sed ipse judex personaliter accedere ad eos debet pro testimoniis recipiendis, vel si cum istud non deceat ob dignitatem personae, tum demum mittere debet notarium, vel alios idoneos. Idem dicendum de *infirmis*, et aliter *impeditis c. siqui* 8. *de testib. l. inviti* 8. *ff. eod.*

2. *Paupertate depressi*; nam hos verecundia exire prohibet; *cap. siqui cit.* Extendit hoc H. Canis. *in cap. cit. n.* 2. etiam ad mulieres ob sexus verecundiam; *c. mulieres* 2. *de judic. in* 6.

9

3. *Longe distantes*, tametsi sint intra territorium judicis, sub quo causa agitur. Si sint extra territorium constituti, judex causae scribere potest judici loci, in quo testes degunt, et petere, ut suo nomine, ac vice recipiat depositiones testium, sibique obsignatas transmittat; *cap. constitutus* 3. *de fidejuss. et novell.* 90. *cap.* 5.

4. *Milites*, qui in expeditione sunt, ii, qui cum magistratu reip. causa absunt, et generaliter illi omnes, qui quomodocunque, vel qualitercunque sive ratione officii, sive aliunde ad judicem venire impediuntur, quales forte sunt ii, qui propter religionem se loco movere nequeunt, qui manicis, et compedibus vincti sunt, qui in publico sine dedecore comparere non possunt.

5. *Personae egregiae*, prout constat ex *l. ad personas* 15. *ff. de jurejur. et l. constitutio* 16. *C. de test.* Proceditque hoc, sive sint ecclesiasticae, ut cardinales, episcopi, abbates etc. sive saeculares,

nimirum principes, electores, duces, comites, barones, et nobiles, maxime si sint imperio immediate subjecti, aut in aliquo officio dignitatem annexam habente constituti. Isti depositiones suas scriptis cousignant, et clausas postea ad locum judicii mittunt.

10

Idem de *doctoribus* sentiendum; *l. medicos* 6. *C. de professor.* gloss. *in l. ad personas cit. V. ad personas*, ubi id extendit ad eorum familiam, et liberos: quod tamen consuetudine non servari refert Farin. *prax. q.* 77. *n.* 217. Extendi tamen hoc potest ad *licentiatos*, ut qui. in materia favorabili habentur pro doctoribus, ut aliis *citt.* notat Konig *hic n.* 7. *excipiuntur* causae criminales; nam in his judex ipse testem audire debet propter rei gravitatem; *auth. apud eloquentissimum C. de fid. instrum.* Et hinc magis decet, ut tam isti, quam aliae personae egregiae, nisi eminens sit valde illarum dignitas, ad judicem se conferant, quam judex ad ipsas; Abb. *in cap. siquis citat princ.* Felin. *ibidem n.* 1. cum aliis.

Praeterea circa personas egregias adhuc notandum est, quod etsi absolute, et generaliter renuntiare huic privilegio nequeant, ita, ut illud amittant, cum non personae, sed dignitati concessum sit, possint tamen non tanquam ex obligatione, sed ex libera voluntate, semel, aut iterum, vel etiam saepius se sistere judici personaliter ad examen, ut notat Farin. *q.* 77. *cit. n.* 241. et ex hoc Pirh. *tit. praeced. n.* 191. et ratio est, quia sic comparere ejusmodi personis in jure non reperitur prohibitum. Videantur Marant. *de ord. judic. part.* 6. *tit. de test. product. n.* 6. Gaill. *l.* 1. *obs.* 102. *n.* 2. Hiltrop. *cap.* 3. *cit. n.* 3. Vvesembec. *ff. de testib. n.* 3. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 144. Henr. Canis. *in cap.* 8. *de testib. n.* 2. Layman *ibidem n.* 1. Barbosa *n* 1. *et seqq.* Vvagn. *in c.* 4. *h. tit. V. compellas*, Pirh. *hic n.* 20. Engl *n.* 7. Konig *n.* 6.

11

Quaeritur 4. an ad testificandum compelli possint etiam clerici, et religiosi? Resp. cum distinctione, nam *a judice laico* ad testificandum adigi in quacunque causa sive civili, sive criminali nequeunt, prout sumitur ex *can. statutum* 38. *caus.* 2. *q.* 6. et docet Layman *in cap.* 12. *de testib. n.* 2. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 147. Pirhing *hic n.* 24. Konig *n.* 8. Vviest. *n.* 8. et apud hos alii. Ratio est, quia cogere testimonium dicere est actus jurisdictionis, quae deficit in laico respectu clericorum. Accedit, quia testes jurati esse debent. Clericus autem coram judice laico, absque episcopi sui licentia, jurare non debet; *can. nullus* 22. *caus.* 22. *quaest.* 5. *et ibi* gloss. *V. laico.* Si tamen necessitas postularet, quia alias tam idonei testes ha-

beri nequeunt, etiam clerici ad testificandum compelli possunt *can. quanquam* 2. *et ibi* gloss. *V. occultetur caus.* 4. *q.* 2. Gaill. *l.* 1. *obs.* 100. *n.* 15. *et* 16. Farin. *prax. q.* 78. *n.* 77. Pirh. *hic n.* 24. König. *n.* 9. Et tali casu, vel ipsemet episcopus rogatus a saeculari judice examinabit clericum, ejusque depositiones ad saecularem judicem mittet, vel si ita videbitur, ad eundem mittet ipsummet clericum, ut coram eo, sicut clerici solent, juramentum, ac testimonium edat. Quodsi tamen clericus, vel religiosus absque licentia sui superioris a judice saeculari, parte nihil opponente, ad testimonium cogatur, vel admittatur, valet hujusmodi testimonium, ut communiter tradunt DD. quia nullo jure testimonium hujusmodi irritum dicitur: hinc volentes admitti possunt.

12

A judice ecclesiastico, et suo ad testificandum cogi etiam clerici, et religiosi possunt, ut constat ex *c. cum super* 2. *h. tit.* ubi istius, ad testimonium perhibendum in jus vocantis, praecepto non obedientibus intentantur poenae suspensionis, excommunicationis, et depositionis. *Excipitur*, nisi agatur causa ecclesiae, cujus sunt beneficiati, et membra; nam cum haec instar matris iisdem sit, non facile cogendi sunt, ut contra eam deponant etiam coram ordinario suo, nisi in defectum aliarum probationum; *arg. l. lege Julia* 4. *ff. de testib.* Abb. *in c.* 12. *ibidem n.* 2. Layman *in idem cap. n.* 5. Pirh. *hic n.* 25. Konig *n.* 8. *Excipe*, nisi ipsimet velint; tunc enim admittendi sunt. *Neque obstat*, quod clericus censeatur filius esse respectu suae ecclesiae; filii autem contra parentes, et vicissim nec volentes admittuntur; nam statutum, quod prohibet filios testificari contra parentes, non debet extendi ad filios spirituales: et ratio est, quia edictum de testibus prohibitorium est ejus, quod jure concessum est, et hinc strictam interpretationem habet, nec extendendum ultra casum expressum.

13

Quaeritur 5. in quibus causis testes cogi possint ad deponendum testimonium? Resp. in causis tum ecclesiasticis, tum saecularibus, in civilibus, et criminalibus, saltem civiliter intentatis. Ita communiter DD. omnes. *Proceditque hoc*, etiamsi quis jurasset se non dicturum contra alium testimonium, ut habetur *c. pervenit* 4. *h. tit. et cap. intimavit* 18. *cap. constitutis* 45. *de testib.* Ratio est, quia lex charitatis obligat ad testimonium ferendum pro proximo, imo etiam lex justitiae, si superior ita jubeat, dummodo ille jus habeat examinandi testes, seu juridice, et legitime interroget, ut docet S. Thom. 2. 2. *q.* 70. *art.* 1. *in corp.* cum igitur testimonium denegari non possit absque peccato, et quidem ex genere suo mortali;

sequitur, quod juramentum de non ferendó testimonio, seu celanda veritate non sit obligatorium, nec servandum, utpote quod contra bonos mores, et in praejudicium tertii, ac detrimentum reip. tendit. Neque opus est, ut sic jurans, antequam testimonium ferat, absolvatur a juramento, cum illud non teneat. Consultum tamen erit eo casu, ut judex prius declaret, tale juramentum non valere, vel etiam jurantem ad cautelam a juramento absolvat, ne videatur perjurum ad testimonium dicendum admittere.

14

Plures tamen sunt casus, in quibus cogi testis etiam non privilegiatus nequit ad dicendum testimonium. Et quidem 1. si crimen sit occultum, de quo ex indiciis nulla publica suspicio est, nec praecessit infamia, quamvis forte duobus, vel tribus cognitum sit, nisi tamen crimen illud perniciosum sit; quia judex eo casu non interrogat juridice; Farin. *prax. quaest.* 78. *n* 121. 2. Si illud in secreto sit ipsi commissum, nisi vel aliunde cognitum, vel in futurum perniciosum sit, ut dictum est *tit. praec. n.* 75. 3. Si interrogatus sciat factum Titii, de quo interrogatur, nullum continere peccatum, v. g. quia trajecit hominem putans esse feram, vel quia justae defensionis causa occidit etc. nam interrogatio judicis supponit commissam culpam: unde interrogatus recte negare potest factum Titii sibi notum esse; Less. *l.* 2. *de just. c.* 30. *n.* 50. 4. Si testi, vel suis grave damnum immineat ex testimonio; nemo enim hujusmodi officia tenetur praestare cum gravi suo, vel suorum damno, nisi crimen sit publico noxium, quod alio modo impediri non potest. 5. Si quis deposuit ad probandam exceptionem dilatoriam; nam hic non potest admitti, et multo minus cogi ad testificandum super causa principali; *cap. de* 29. *rubr. praeced.* Ratio est, quia testis iste juravit tantum se dicturum veritatem super tali exceptione, non autem se dicturum veritatem super causa principali: ergo non potest super illa deponere; quia testis deponens sine juramento nihil probat: imo non potest jurare, quod velit deponere super causa principali; quia hoc ipso, quod probare velit super exceptione dilatoria, vult impedire processum super causa principali. Videantur *Less. cap.* 30. *a n.* 45. Layman *l.* 3. *tr.* 6. *cap.* 4. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 12. Engl *tit. de testib. n.* et ab his *citt.*

15

Quaeritur 6. an testes cogi possint ad dicendum testimonium etiam in causis criminalibus criminaliter intentatis? *Negant* Innoc. *in c.* 1. *h. tit. n.* 2. Abb. *ibid. n.* 5. *in fin.* Imol. *n.* 2. Vivian. *vers. in causa civili in fin. et in c.* 10. *vers. sed in criminali*, Barbosa *ibidem n.* 2. Layman *in c.* 3. *n.* 6. Vvagn. *in c.* 11. *not.* 1. Farin.

prax. *q.* 78. *n.* 115. Pirh: *n.* 11. Sannig. *cap.* 2. *n.* 1. et alii apud istos. Suffragari videtur 1. *c.* *super eo* 3. *h.* *tit.* ubi generaliter dicuntur testes monendi, non vero cogendi ad testimonium ferendum. 2. *c.* *dilectorum* 10. *eodem* ubi dicuntur cogendi testes, *praeterquam super criminibus*. 3. *Ratio*; quia in causa criminali, quando agitur de condemnatione alicujus, etsi veritas occultetur, nulli ex hoc damnum speciale nascitur, vel si periculum accusatori imminet, curandum non est, quod ipse in hoc periculum se sponte conjecerit. 4. Quia hujusmodi testimonio occasio praebetur odio, et inimicitiae inter accusatum, et testes: imo inhumanum, et a christianae lenitatis ratione alienum videtur esse ad poenam alterius, praesertim mortis, aut mutilationis membrorum testificando cooperari.

16

Affirmativam defendunt Host. *in summ.* *h.* *tit.* *n.* 2. Clar. §. *fin.* *quaest.* 24. *n.* 21. Guazzin *reor.* *defens.* 14. *cap.* 11. *n.* 1. Gonzal. *in c.* *fin.* *h.* *tit.* *n.* 8. Zoes. *hic n.* 2. *et ff.* *eodem n.* 9. Vallens. *n.* 3. Konig *n.* 10. Vviest. *n.* 4. allegantque praxim curiarum, praesertim romanae. Nituntur variis juris canonici textibus; *c.* *pervenit* 4. *h.* *tit.* ubi in crimine simoniae, et adulterii; *c.* *super his* 8. *et c.* *cum contra* 9. *eodem*, ubi in crimine falsi; *c.* *fin.* *ibidem* ubi in crimine conspirationis in episcopum testes ad testimonium dicendum compulsi sunt. Rationem dant, quia reip. interest, ne crimina maneant impunita; cui accedunt aliae communes cum causa civili, ne veritas occultetur; *can.* *fin.* *caus.* 14. *q.* 2. ne per defectum testium pereat justitia; *c.* *fin.* *cit.* ne malus, ut bonus aestimetur; *c.* *cit.*

17

Utrique sententiae dandum aliquid, et distinctio facienda inter jus canonicum, et civile; nam de jure civili certum est indifferenter testem non privilegiatum cogi ad testificandum posse, sive in causa civili, sive in criminali; *l.* *constitutio* 16. *C.* *de testib.* De jure canonico autem dico cogi testes ad deponendum in causa criminali solum posse in sequentibus casibus, 1. Si veritas aliter cognosci non possit; alias crimina relinquerentur impunita. 2. Si testis malitiose se subtrahat a ferendo testimonio, aut pars adversa malitiose impediat productionem testium; quia nemo instrumenta (quorum appellatione etiam testes continentur) subtrahere adversario debet 3. Si de crimine agatur per modum inquisitionis, ne indignus, v. g. ad praelaturam promoveatur; quia tunc judex procedit ex officio, et non nisi praecedente infamia criminis; et cons. legitime interrogat. 4. Si agatur de crimine non directe ad poenam, sed per modum exceptionis ad repellendum actorem, vel testem a judicio, aut testimonio, quia adversus criminosum est praesumptio falsitatis, cons. eo admisso, pericu-

lum esset, ne per falsos testes innocens oppressus damnetur. 5. Si in causa criminali testis producatur a reo ad innocentiam suam probandam; quia eo casu tenetur testificari etiam non requisitus. 6. In criminibus exceptis, et in futurum perniciosis, ut laesae majestatis, haeresis, simoniae, conjurationis etc. quia nequeunt sine periculo dissimulari, et reticeri. 7. Denique universim in omni eo casu, quo veritas sine gravi peccato celari non potest.

18

In his ergo casibus concedo compelli testem posse ad testificandum in causa criminali; in ceteris nego. Et hanc puto mentem fuisse authorum negativae sententiae: neque plus probant argumenta sententiae contrariae, quae potissimum de criminibus in futurum perniciosis, vel intelligendi sunt, ubi veritas aliter cognosci nequit. *Ad rationem adjectam* dico non interesse reip. ut omnia crimina propalentur, sed tantum illa, quae in futurum sunt noxia, et nisi punirentur, ob impunitatem audacia hominum perditorum cresceret.

19

Quaeritur 7. an testis, si in causa sanguinis contra reum coactus testificetur istius morte secuta, irregularitatem contrahat? *Certum est* 1. clericum irregularem fieri, si testis sit in causa sanguinis contra reum; quia hic cogi ad deponendum in ea causa non potest, cum illud sit eidem prohibitum a jure; *per can. his a quibus* 30. *caus.* 23. *q.* 8. ubi clericis judicium sanguinis prohibetur, cui judicio multum cooperatur testis.

Certum est 2. irregularem fieri laicum voluntarie testificantem in causa criminali, si ex testificatione ejus sequatur mors, vel mutilatio; quia morti vel mutilationi cooperatur. Neque illi prodest protestatio; quia hoc protestationis beneficium solum conceditur propriam causam defendenti; *c. praelatis* 2. *de homic. in* 6. quod in teste procedere non potest, quippe qui non in propria, sed in aliena causa testatur.

20

Procedit igitur quaestio tantum de laico aspirante ad clericatum, et ad testificandum in causa sanguinis per jussum judicis coacto. In qua affirmativa, sc. irregularitatem ab eodem incurri, videtur colligi ex eo, quod neque tabellionem, aliosque justitiae ministros, et ipsum judicem ab irregularitate excuset necessitas, et obligatio officii sui, qua concurrunt ad rei condemnationem, et supplicium. Igitur neque excusabit testem necessitas ex judicis praecepto orta.

Sed non minus probabiliter teneri potest sententia negativa, cum non destituatur authoritate, et ratione: *authoritate* quidem, quia illam defendunt Coninck *D.* 18. *dub.* 10. *n.* 96. Bonac. *de censur. D.*

7. *q.* 4. *p.* 3. *n.* 8. Pal. *tr.* 29. *D.* 6. *p.* 14. §. 3. *n.* 3. Gonz. *in c. fin. n.* 10. Vvies. *hic n.* 11. Sumitur *ex c. tua nos* 19. §. *ad ultimum de homic.* ubi Innocentius III. declaravit ab ordinibus suscipiendis non impediri scholarem, qui requirenti judici subministravit signa comprobantia delictum latronis, etsi is postea ex his indiciis condemnatus mutilationem sit passus. *Ratio est*, quia si irregularitatem incurreret, eam incurreret ex defectu christianae lenitatis. Atqui defectum istius dici nequit habuisse ille, qui non libere, et sponte, sed judicialis coactionis necessitate compulsus testimonium dixit; ergo etc. *Conf.* quia non est credibile irregularitatem ab ecclesia impositam actui testificationis, non ex officio voluntarie suscepto, sed legitimi superioris justo praecepto urgente, debito ex obedientia, et jure naturali.

Ad argumentum contrarium nego paritatem; quia necessitas, quam habet tabellio, judex, et ministri justitiae, fundatur in propria illorum voluntate, qua ejusmodi munus in se receperunt: tale quid nihil reperitur in teste coacto ad testificandum.

TITULUS XXII.

De fide instrumentorum.

I

Altera species probationis sunt *instrumenta*. Porro *instrumenti* nomen ab *instruendo* dicitur; quia instruit causam: dupliciter autem accipitur. 1. *Late, et generaliter* pro omni eo, quo causa in judicium deducta instrui, ostendi, vel probari potest: quo sensu nomine instrumentorum etiam comprehenduntur testes, imo quaevis alia probatio, per quam causa, et notitia judicis instruitur, ut innuitur; *l. instrumentorum* 1. *ff. de fid. instrum.* et docet ibidem Vvesenb. *n.* 1. 2. Magis *stricte, et proprie* sumitur pro qualibet scriptura, quae fidem rei, quam confirmat, judici facit, et causam instruit, sive contineat privilegium, sive contractum, sive dispositionem ultimam, sive aliquid aliud; nam super quavis materia fieri instrumentum potest. Et haec est propria hujus loci acceptio instrumenti. Definitur, quod sit *scriptura ad probationem alicujus rei facta*; Vvesenb. *ff. h. t. n.* 1. *cit.* Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 20. *n.* 2. Vvagn. *in rubr. hic not.* 1. Konig *n.* 3. Sannig *cap.* 1. *n.* 2. et quoad rem consentiunt DD. reliqui. Dividitur in instrumentum publicum, et privatum, hoc vero in authenticum, et non authenticum: de quibus cum amplior fieri sermo debeat, idcirco sit

§. I.

De instrumentis publicis

SUMMARIUM

1 *Definitio, et divisio instrumenti publici.*
3 4 5. *Requisita ex parte notarii, ut legitimum sit.*
6 7 *In quo negotio possit confici?*
8 9 *Quam vim habeat extra territorium constituentis?*
10 *Vel confectum a notario existimato?*
11 *An si notarius falsum instrumentum fecit, valeant alia postea rite confecta?*
12 13 14. *Requisita ad instrumentum ex parte formae.*
15 16 17 *Quae ex his pertineant ad substantiam instrumenti.*
18 19 *Quomodo factum, seu negotium in ea describi debeat?*
20 *Quis rogare notarium pro instrumento conficiendo.*
21 *An semper requiratur, ut notarius interfuerit actui, de quo conficit instrumentum.*
22 23 *Quantum probent instrumenta publica.*
24 25 26 27. *Quid protocollum?*
28 *et seq. Quid copiae publicorum instrumentorum?*

2

Instrumentum publicum communiter definitur esse illud, *quod publica authoritate factum, atque firmatum est.* Hoc iterum duplex est. Primum appellatur *protocollum, quae est summaria quaedam, et succincta, seu brevis actus gesti annotatio memoriae causa facta, ex quo postea instrumentum in solemnem formam redigitur*: unde etiam *de imbreviatura* dicitur. Allerum vocatur *transumptum*, estque *instrumentum authenticum originale, quod ex protocollo sumitur, et debita forma, seu cum requisitis solemnitatibus conficitur, in quo res gesta non summarie, sed plene exponitur.* Ex hoc saepe transcribitur ob varias causas infra indicandas *exemplum*, quod vulgo *copia* dicitur, et nihil aliud est, quam *originalis transcriptio.* Porro instrumenti publici nomine, cum simpliciter dicitur, potissimum venit ipsum originale: de hoc

3

Quaeritur 1. a quo confici debeat instrumentum publicum? Resp. Confici debet manu tabellionis, seu notarii publici; nam huic instrumentorum confectio ex officio incumbit, cum sit persona publica ad hoc a rep. constituta.

Dub. 1. quid requiratur ex persona notarii, ut instrumentum ab eo confectum pro legitimo haberi debeat? Resp. 1. requiritur, ut sit persona idonea. Ut talis sit laicus; nam clerici, saltem in SS. ordinibus constituti, non possunt exercere officium tabellionatus; *cap. sicut* 8. *ne cleric. vel monach. etc.* 2. Ut sit legitimo matrimonio natus; Sylvest. *V. tabellio n.* 2. 3. Ut sit liber, non servus: si tamen publice existimetur liber, etsi non sit, valet instrumentum ab eo confectum, donec de veritate constiterit; *arg. l. Barbarius* 3. *ff. de offic. praetor.*

4

Ut sit legitime, i. e. ab aliquo habente potestatem creatus, et constitutus. Potestatem creandi notarios regulariter, et de jure habet solus supremus princeps, videlicet pontifex, imperator, et ii; qui in temporalibus superiorem non recognoscunt, ut notant Abb. *cap. cum P.* 15. *h. tit. n.* 7. Sylv. *l. cit. n.* 1. Pirhing *hic n.* 8. Et ratio est, quia solus princeps supremus potest quiddam a jure communi gentium exorbitans veluti dispensando constituere, vel introducere. Atqui est aliquid a jure communi gentium valde exorbitans, ut unius hominis scripturae sine alio adminiculo plena adhibeatur fides sicut fit, si instrumentum sit rite confectum, nam hujusmodi fides nulli alteri scripturae datur in alterius praejudicium. Dixi autem *regulariter*, *et de jure*; nam de privilegio, vel consuetudine potestas haec creandi notarios publicos competere etiam aliis potest: et sic de facto ex privilegio speciali potestatem istam habent comites palatini; de consuetudine vero inferiores principes, episcopi, comites, barones, civitates imperiales, sed hi tantum intra territorium suum. Vvesenbec. *ff. h. titul. n.* 3. Laym. *in c.* 15. *eodem n.* 6. Engl *n.* 3. Pirhing *n.* 8. *citat.* Sannig *cap.* 2. *n.* 6. Neque obest ratio paulo antea assignata; nam consuetudo haec supponit consensum populi, et universitatis, quae cum possit concedere jurisdictionem ordinariam, multo magis concedere potest officium istud.

5

3. Ut sit juris peritus, etsi non sit necessarium, ut sit doctor: vel saltem scire debet ea, quae ad officium suum pertinent; alias tenebitur de damno ob imperitiam suam illato. Praecipue vero notitiam habere debet illius negotii, de quo instrumentum conficit, et istam quidem habere debet per se, non per alios; neque enim aliud scribere debet, quam quod ipse vidit, vel audivit; *Novell.* 44. *cap.* 1. *et ibi* gloss. *V. ipsis per se*, Hiltrop. *p.* 3. *de process. judic. tit.* 10. §. *quom. confic. instr. n.* 12. Vvesenb. *ff. h. tit. n.* 5. Vallens. §. 1. *n.* 2. Engl *n.* 7. Konig *n.* 20.

4. Ut nullo laboret impedimento, quod ipsum prohibeat ab executione officii sui: Tale impedimentum foret, si esset excommuni-

catus vitandus; nam hic ab actionibus publicis repellitur: hinc instrumentum a tali confectum nullum est. Confectum ab excommunicato tolerato validum quidem est, infirmari tamen potest per exceptionem excommunicationis oppositam.

5. Ut sit rogatus a partibus ad conficiendum instrumentum; *Novell.* 44. *cit. cap.* 1. Bald. *in rubr. C. h. tit.* Abb. *in c. eodem n.* 4. Hiltrop. *l. c. n.* 11. Vvescnbec. *ff. eodem n.* 3. Vallens. §. *hic n.* 2. *et* 4. Engl *n.* 7. Konig *n.* 21. Vviest. *n.* 10. et alii apud istos. Ratio est, quia si irrequisitus instrumentum conficiat, suspectum se facit, quasi seipsum ingereret spontaneo motu, et affectu. Hinc stylus notariorum est, ut in principio, vel subscriptione instrumenti exprimant se fuisse rogatos: notat tamen *hic* Innocentius, in dubio praesumi rogatum.

Dub. 2. in quo negotio conficere notarius instrumenta possit? Resp. in omni negotio, quod ab homine, vel inter homines gestum est, et quod licitum est, atque a voluntate humana dependens.

Dixi 1. *in omni negotio*, puta, judiciali, et extrajudiciali. *Ad judiciale* referuntur citationes, dilationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, sententiae, appellationes, et siquae alia hujus generis; *capit. quoniam* 11. *de probat. Ad extrajudiciale* spectant emptiones, venditiones, locationes, conductiones, permutationes, mutuum, pignorationes, transactiones, emphyteuses, feuda, constitutio servitutis, matrimonia, arrharum dationes, dotes, donationes, solutiones, acceptilationes, et omnes alii actus, qui inter vivos celebrantur; *l. contractus* 17. *C. h. tit.* Item ultimae voluntates, ut testamentum, codicillus, donatio mortis causa, et cetera, quae his aequiparantur *toto titul. C. de testam.* Super his igitur omnibus instrumenta confici possunt; sed cum restrictione ad personam notarii; nam ut bene advertit Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 367. non omnes notarii habent aeque amplam potestatem, sed aliquorum officium est conficere tantum instrumenta super actis judiciariis, alii principaliter deputantur ad erigenda instrumenta super contractibus: alii item creati sunt ad conficienda instrumenta in temporalibus; alii ad conficienda in spiritualibus causis. Hinc constitutus pro uno genere non potest se de jure ingerere ad conficienda instrumenta in alio genere; quia excederet limites potestatis suae. Addidi *de jure*; nam de consuetudine, ut Abb. *in cap. sicut ne clerici vel monachi etc. n.* 12. et Layman *in cap. cum P.* 15. *h. tit. n.* 9. advertunt, notarius a papa constitutus conficere instrumenta potest in temporalibus, et constitutus ab imperatore in spiritualibus causis.

6

Dixi 2. *quod ab homine, vel inter homines gestum est;* necesse enim est rem, de qua scriptura conficitur, existere, vel extitisse; quia quod non est, probari non potest, cum *non entis nullae sint qualitates* juxta regulam vulgatam, et textum *l. neque* 13. *C. de nupt.* ibi: *Neque sine nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diversim veritatem continente.*

7

Dixi 3. *et quod licitum est*, h. e. non prohibitum jure communi, statuto, et moribus. Colligitur ex *l. jubemus* 14. *his tabellionibus* 3. *C. de SS. Eccl.* ubi notarius super illicitis contractibus conficiens instrumentum punitur exilio: idipsum expresse statuitur *constitutione Maximiliani I. edita* 1512. Ratio est, quia ea, *quae pietatem*, vel honestatem *laedunt*, *atque contra bonos mores fiunt*, *neque facere nos posse credendum est*, ut bene Papinianus *libr. filius ff. de condit. institut.* multo minus igitur instrumenta fieri de iis possunt. Excluduntur itaque, ut instrumenta super iis fieri non possint, et facta non teneantur, imprimis injuriosi, et famosi libelli, contractus usurarii, venditio liberorum, alienationes bonorum ecclesiasticorum sine debita solemnitate factae, illicitae pactiones, et conspirationes etc.

Dixi 4. *Et a voluntate humana dependens*, h. e. a libera dispositione eorum, qui instrumentum petunt, et nullam requirit causae cognitionem. Engl *hic n.* 8. Unde non valebit, si notarius ad meam petitionem attestetur, quod res mihi commodata sine mea culpa perierit: quia hoc indiget cognitione causae; cognitionem causae vero interponere non ad notarium, sed ad judicem pertinet.

8

Dub. 3. utrum notarius in uno loco creatus possit ubique terrarum instrumenta conficere pro quibuslibet sive subditis jurisdictioni constituentis, sive non subditis?

Certum est 1. Instrumentum notarii in uno loco confectum, ubi publicum, et authenticum est, pro tali habendum etiam alibi, quemadmodum contractus, in uno loco secundum leges, et consuetudines particulares illius loci celebratus, ubique legitimus reputatur. Ratio est, quia fidem et authoritatem publicam jam accepit instrumentum in loco, ubi confectum est; vis autem probandi, et fides semel obtenta instrumento non tollitur per loci mutationem; ergo etc.

Certum est 2. quod notarius intra territorium ejus, cujus authoritate constitutus est, possit instrumentum publicum conficere etiam pro extraneis, et peregrinis, si ab his rogetur; Abb. *in capit.* 15.

h. titul. n. 9. Felin. *ibidem n.* 16. Pirhing. *hic n.* 10. Quia confectio instrumenti non est actus jurisdictionis, sed muneris, quod cuivis impendi potest. Estque hoc verum ita, ut instrumentum sic confectum etiam alibi fidem faciat, ut colligitur ex ratione paulo ante data.

9

Difficultas solum est in eo, an notarius extra territorium constituentis conficere instrumentum possit? Resp. posse, ut valeat intra territorium constituentis, non constituentis, non posse, saltem de jure, ut valeat extra territorium constituentis, et pro non subditis constituentis. Et hoc verum est etiam de notariis creatis a papa, imperatore, rege etc. nam nec isti de jure communi loquendo conficere instrumenta possunt extra terras ecclesiae subjectas, vel extra imperium, vel regnum, ut recte docent Abb. *n.* 9. *cit.* Felin. *n.* 17. Pirhing. *n.* 10. *Ratio primi membri* est, quia confectio instrumenti est actus voluntarius; igitur, nisi specialiter prohibeatur, etiam extra territorium constituentis pro his, pro quibus a constituente fuit ei potestas concessa, valet. *Ratio secundi*; quia notarius extra territorium constituentis pro illo territorio, in quo existit, et pro subditis illius censetur esse persona privata; *arg. l. praeses.* 3. *ff. de offic. praesid.* officium autem notarii publicum est. ergo etc. Accedit, quia officium publicum a principe datum non se extendit ultra mentem principis, qui illud dedit. Atqui non videtur esse, aut posse esse mens principis constituentis notarium, ut illum velit exercere officium suum etiam extra territorium constituentis; ergo etc.

Dixi *saltem de jure*; nam ex recepta consuetudine notarii a papa constituti conficere instrumenta possunt in terris imperii, et vicissim constituti ab imp. in terris ecclesiae, ut notant Layman. *in cap.* 15. *hoc tit. num.* 9. Engl. *hic num.* 5. Vviestner *num.* 5. et alii apud istos. Circa alios notarios a principibus inferioribus constitutos communiter negatur potestas ista etiam de consuetudine fuisse obtenta; et fundamentum est, quia potestas istorum principum magis restricta est secundum terras, et jurisdictionem. Sed ubique in hac re, et quaestione attendenda est consuetudo, quae optima interpres legum est.

10

Dub. 4. an instrumentum confectum a notario tantum existimato, qui revera non est, sit validum, et fidem faciat? Resp. distinguendo: vel enim titulum coloratum habet, eo, quod constitutus sit ab habente potestatem creandi notarios, vel titulum officii sui coloratum nullum habet, sed ipse se ingessit.

Si primum, etsi ob impedimentum occultum, e. g. quod sit servus, illegitimo matrimonio natus *etc.* inhabilis fuerit ad hoc of-

ficium, instrumenta tamen ab eo confecta valent, et fidem faciunt, etiam postquam apparuit defectus, idque ob errorem communem, qui jus facit *arg. l. Barbarius* 3. *ff. de offic. praetor.*

Si secundum, vel bona fide obtinet quasi possessionem tabellionatus, vel mala fide. *Si mala fide*, instrumenta ab eo confecta invalida sunt; quia tunc cum fraus sua nemini prodesse debeat, praesumi non potest principem, aut reinp. in eum consentire, et sic supplere defectum. Neque proderit eidem error communis populi, habentis illum pro vero notario, aut tabellione; quia cum error iste non habeat, in quo fundetur, non potuit eum notarium facere. *Si bona fide* possessionem tabellionatus habet, et exercet, sciente, et patiente superiore, qui potestatem creandi notarios habet, acta ab eo valebunt; *arg. c. consultationibus* 19. *de jur. patron.* nam scientia, et patientia superioris habentis potestatem concedendi acquiritur quasi possessio hujusmodi jurium incorporalium; *arg. l. si quas actiones* 1. *C. de servit. et aqu.* Jason. *in l. Barbarius cit. n.* 25. Pirhing. *hic n.* 13.

11

Dub. 5. an si notarius fecit instrumentum falsum, valeant alia instrumenta post ipsum postea rite confecta? Resp. Etsi praesumptionem falsi habeant, si tamen legitimis probationibus elidatur praesumptio haec, nihil impedit, quin valida sint. *Neque obstat*, quod criminis falsi a notario commissi jura statuant pro poena amissionem officii; nam jura vel non statuunt poenam istam tanquam facto ipso incurrendam, vel si facto ipso incurritur, effectum non habet ante sententiam criminis declaratoriam; unde donec per sententiam fuerit privatus officio, vel prohibitus eo uti, acta ab eo valida erunt. Et idem dicendum, si amisit officium ex alia justa causa, ut quia fecit instrumentum super alienatione rei sacrae, vel pro haeretico.

12

Quaeritur 2. quid requiratur ex parte formae ad confectionem instrumenti publici? Resp. Plures, et variae sunt solemnitates, quae requiruntur in conficiendis instrumentis publicis, quas enumerant Durand. *in specul. tit. de edit. instrum.* §. 1. Abb. *in cap.* 1. *hoc tit. num.* 3. Henr. Danis. *ibid. num.* 9. *et* 10. Layman. *num.* 1. *et seqq.* Gonzalez *n.* 10. Hiltrop. *proc. Jud. part.* 3. *tit.* 10. §. *qualit. confic. instrum. num.* 3. *et seqq.* Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 20. *num.* 320. *et seqq.* Vallens. *hic* §. 1. *n.* 2. Zoes. *num.* 3. Pirhing. *num.* 6. *et* 7. Engl. *num.* 13. *et* 14. Konig. *num.* 30. Wiestner *num.* 6. *et seqq.* et novissime Clariss. P. Schmier *process. judic. c.* 10. *a n.* 25.

1. Instrumentum scribendum est in charta munda, ne alioquin suspectum reddatur, cum notarii instrumenta scribere non soleant, nisi in charta munda. Non autem est necesse, ut scribatur in membrana, seu pergamena, cum jura de hoc nihil exprimant, imo contrarium fieri posse supponant, ut colligitur ex *c. cum dilecta* 4. *de confirm. util. et inutil.*

2. Ut instrumentum plene, et absque adminiculo probet omittendae sunt litterarum contractiones, abbreviationes, termini valde ambigui, et obscuritatem inducentes. Unde non est consultum (esto, substantiam non vitiet) uti zifferis, quae facile radi, vel adjectione, aut detractione variari possunt, sed integris vocabulis est numerus exprimendus, prout etiam consuetudo observat.

13

In proloquio praemittenda invocatio divini nominis, his, vel similibus verbis *in nomine Domini, amen*; aut *in nomine SS. et Individuae Trinitatis etc.* ut habetur *constit. imper. de anno* 1512. *von Ordnung det offnen notarien* §. *und. nachdem* 3.

4. Exprimitur tempus gesti negotii, videlicet a nato Christo, vel incarnato currens; indictio Romana, *hic Romer Zinff. Zahl*, quae solet in calendariis passim praefigi, mensis item, et istius dies, qui vel per numeri, vel per festi immobilis expressionem designabitur.

5. Additur nomen, et annus pontificis, imperatoris, regis, vel principis regnantis, in cujus territorio conficitur.

6. Adjungitur locus celebrati negotii; isque non generalis tantum, sed specialis quoque, nempe in qua civitate, vel pago, in qua platea, et domo negotium gestum, et instrumentum confectum sit; imo a notariis magis providis, et cautis ipsa quoque domus pars, verb. grat. atrium, vel conclave, in quo negotium gestum est, notari consuevit; Durand. *loc. cit.* §. 2. *n.* 9. Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 373. Pirhing. *hic n.* 7. Vviestner *num.* 9.

14

7. Factum, seu negotium sincere, fideliter, et integre describi in instrumento debet, e. gr. in instrumento pro debito contracto enarrari debet, quis debeat, cui debeat, quid debeat, et ex qua causa debeat.

8. Inserenda instrumento sunt nomina testium; in quorum praesentia actus celebratus est. Non tamen necessarium est, nisi in casibus a jure expressis, ut testes sua manu subscribant, sed sufficit, si per notarium nomina eorum exprimantur.

9. Notarius etiam subscribere debet suum nomen, cognomen, addendo, qua authoritate sit notarius, an pontificia, vel caesarea,

cum attestatione instrumenti a se compositi, vel exemplati, et quidem rogatu partium, si ita necesse sit.

10. Subscriptioni nominis adjungit sigillum proprium et praeter hoc etiam signum notariatus, puta certam aliquam imaginem, vel figuram sculptam, aut calamo depictam; quod ideo fit, ut facilius comparatio fieri, et notarii manus agnosci valeat.

15

Dub. 1. an haec omnia pertineant ad formam substantialem instrumenti publici? Resp. plurimum in hoc valere consuetudinem. Sic etsi invocatio divini nominis secundum communem ad substantiam instrumenti non requiratur, defacto tamen consuetudine receptum est, ut pro substantiali solemnitate requiratur, et omissio ejusdem vitiet instrumentum; Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *num.* 369. Idem *cit.* author sentit de apponendo anno nativitatis Domini, de nomine, et anno pontificis vel imperatoris, de signando loco contractus non solum generali sed etiam speciali, et sic de ceteris multis. Ubi tamen consuetudo non habet, non omnia haec sunt de substantia instrumenti publici, sed tantum ad melius esse, ut si quando contingeret falsum instrumentum confici, fraus, et dolus tanto facilius detegi possit; probare enim is, cujus interest, tum poterit, se nunquam tali die, et loco coram notario comparuisse, vel absolute nullum instrumentum in tali die, vel loco fuisse confectum.

16

In specie de forma substantiali instrumenti non est, 1. sigillum notarii; nam etiam fracto illo, vel sublato, instrumentum manu publica factum fidem facit. Idem dicendum de signo notariatus apponendo. Consuetudine tamen invaluit passim, ut instrumentum illo signo carens habeatur suspectum de falsitate; Haun. *n.* 389. *cit.* Vviestner *hic n.* 15.

2. Non requiritur, ut manu propria notarii scriptum sit, sed scribi potest per alium etiam privatum, modo manu notarii subscribatur, ut innuitur *cap. inter dilectos 6. §. instrumentum quoque hoc tit.* Ratio est, quia industria notarii non eligitur in scribendo, sed ut det fidem gestis, quod satis praestat se subscribendo. Imo valet instrumentum teste Haun. *num.* 376. quod compositum est ab uno contrahentium, et a notario solum subscriptum, et in publicam formam redactum, quia subscribendo accomodat authoritatem suam, ut perinde sit, acsi ipse composuisset. Consultius tamen est, si ipse componat: et sic ordinarie fieri debet. Si non composuit, certe diligenter perpendere debet omnia, et siquae emendanda sunt, emendare. Ceterum subscriptio notarii adeo necessaria est, ut ne morbo quidem impeditus id delegare alteri possit: et ratio est, quia hoc

munus est mere personale, et respiciens personae industriam. Hinc si ob infirmitatem forte non posset subscribere, et perficere instrumentum, alius illud facere solum potest authoritate judicis, et consentientibus partibus.

17

3. An ad substantialem instrumenti formam requiratur, ut scriptura a notario confecta legatur coram partibus, et testibus, cum Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *num.* 380. Vvagnereck *in rubr. hoc tit. not.* 4. Pirh. *hic num.* 7. et aliis distinguendum est inter contractus, qui fiunt in scriptis, ita, ut in iis scriptura ad substantiam actus requiratur, vel de jure, vel de conventione partium; et inter contractus, qui in scripta rediguntur solum ad probationem faciendam. *De primis* respondetur affirmative; quia partes debent consentire in omnia substantialia, et testes debent posse deponere, quod omnia substantialia intervenerint. Atqui non possunt in scripturam partes convenire, nec testes deponere scripturam esse conformem intentioni contrahentium, nisi illam audiverint legi: ergo etc. *in secundis* non est necessarium legi instrumentum confectum coram partibus, et testibus; tunc enim creditur instrumento ob authoritatem notarii, qui duobus testibus aequivalet.

18

Dub. 2. quomodo factum, seu negotium in instrumento a notario describi debeat? Resp. describendum sincere, et fideliter, et integre. Ut hoc fiat, addi debent circumstantiae, et causae; neque enim creditur instrumento, si in illo asseratur aliquid factum, nisi illa etiam observata dicantur, sine quibus recte fieri non potuit, ut recte observant Engl. *hic n.* 26. cum aliis *Conf.* quia nec testi creditur, nisi circumstantias et causas idoneas sui dicti afferat; a teste autem ad instrumenta valet argumentum *l. in exercendis* 15. *cod. loc. cit.* Hinc si nude ponatur Titium mihi vendidisse domum suam, non facta mentione pretii, tale instrumentum non probat, nec propterea Titius, vel ejus haeredes condemnandi sunt ad domum mihi tradendam, nisi probem me pretium rite persolvisse. Eadem ratione non probat instrumentum transactionis, nisi exprimat, quid hinc inde datum, vel promissum, aut retentum sit.

19

Excipe 1. si pars adversus ejusmodi instrumentum imperfectum non excipiat; nam instrumentum ob imperfectam narrationem non corruit ipso jure, sed parte excipiente; et hinc nisi pars contra tale instrumentum excipiat, videtur approbare, et agnoscere ea, quae ibi scripta sunt; et ratio est, quia praesumptio est pro instrumento, quod

videlicet omnia rite celebrata, et acta sint, ut aliis *cit.* docet Gaill. *lib.* 2. *obs.* 71. *n.* 6.

Excipe 2. si contrarium consuetudo in certis causis obtinuit. Ita teste Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 74. ex generali Germaniae consuetudine fidem facit instrumentum, si generaliter saltem in eo mentio fiat, quod pretium justum sit solutum, etsi quantitas non exprimatur. Imo ipsi contrahentes quandoque certis de causis nolunt, ut alii resciant, pro quanto pretio inter se convenerit.

Excipe 3. si instrumentum sit antiquum; quia ob antiquitatem temporis, et difficultatem probationis praesumuntur omnia solemniter acta, ut iterum Gaill. *loc. cit. n.* 7. docet. Quantum vero temporis requiratur ut instrumentum aliquod dicatur antiquum, variant DD. aliqui enim 100. annos requirunt; juxta alios 30. sufficiunt: rectissime dicunt, qui id relinquunt arbitrio judicis.

20

Dub. 3. quis rogare notarium possit, aut debeat pro conficiendo instrumento? Resp. cum distinctione; vel enim actus dependet a voluntate duorum, vel unius tantum, vel omnino non dependet a voluntate humana.

Si primum, ut in contractibus, debet notarius rogari ab utroque; alias id, quod contra alterius voluntatem in instrumento scribitur, contra illum fidem non facit.

Si secundum, ut in confectione testamenti, aditione haereditatis, hujus repudiatione, sufficit, quod is solus roget notarium, a cujus voluntate actus dependet; quia forte alter non consentiret, adeoque in ejus voluntate non debet esse impedire instrumenti confectionem.

Si tertium, ut cum conficiendum est instrumentum super morte, aut nativitate hominis, vel animalis, notarius etiam rogatus conficere instrumentum non debet, nisi interveniente authoritate judicis; alioquin tale instrumentum solum inveniret fidem contra rogantem, non autem quoad alios juris effectus: et ratio est, quia in hujusmodi causis instrumentum non potest confici, nisi prius discussa causa, et cognita necessitate. Hoc autem non ad notarium, sed ad judicem spectat: ergo etc. videatur Everhard. *de fide instrum. c.* 2. *a. n.* 91. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 383. *et seq.* Vviest. *hic n.* 11.

21

Dub. 4. utrum semper requiratur, quod notarius per se sciat, et interfuerit actui, de quo conficit instrumentum? Resp. affirmative. Ita *novell.* 44. *cap.* 1. *et ibi* Gottofred. *lit. A.* Engl *hic* 7. Konig. *n.* 20. nam aliud scribere non debet, nisi quod ipse vidit, vel audivit, ut dixi *supra n.* 5. Hinc etsi unus ex contrahentibus, vel

tertius pro suo interesse, vel haeres, aut legatarius ex post facto vellet curare instrumentum confici super contractu, aut testamento jam prius facto, et notario per testes, vel alias probationes sufficienter constaret verum esse, quod dicitur, non valet tamen instrumentum desuper confectum; quia, ut dictum, per se scire, et actui interfuisse debet, de quo testatur.

Dixi autem, *si una tantum pars*; nam si utraque persona principalis suum contractum, vel ipse testator suum testamentum, coram notario quasi de novo repeteret, utique perinde haberi deberet, acsi notarius tunc temporis interfuisset, quando contractus initus, aut testamentum primitus factum est, ut bene advertit Engl. *loc. cit.*

22

Quaeritur 3. quantum probent, et quam fidem faciant instrumenta publica? Resp. si instrumentum publicum sit confectum a notario in forma debita, se solo, et sine alio adminiculo facit plenam fidem de eo, quod dispositive continet, non solum pro proferente, sed etiam contra, et hoc tamdiu, donec probetur contrarium. Ita Abb. *in cap. scripta* 2. *h. tit. princ. not.* 2. Durand. *specul. tit. de instrum. edit.* §. 8. *n.* 1. Hiltrop. *part.* 3. *tit.* 10. §. *quam fid. fac. instrum. n.* 1. *et* 14. Vvsenbec. *ff. h. tit. n.* 6. Vallens. *hic* §. 2. *n.* 1. Zoes. *n.* 2. *et* 4. Pirh. *hic n.* 15. Konig *n.* 36. Vviest. *n.* 20. et colligitur ex *cap. scripturam* 1. *et c. scripta* 2. *h. tit. l. in exercendis* 15. *C. eod. l. cum precibus* 18. *C. de probat.*

Ratio est, quia ex tali instrumento duplex oritur praesumptio, *una* ex qualitate personae ipsius notarii, quod is publica authoritate constitutus, ejusque fides specialiter approbata, insuper juramento, quod initio officii sui praestare debet, obligatus sit ad rem, uti gesta est, in instrumento fideliter redigendam. *Altera* ex solemnitatibus, cum quibus confectum est instrumentum, quaeque omnes fraudis suspicionem removent. Cum igitur dolus, et quodlibet aliud delictum nunquam praesumatur ob has duas praesumptiones, fit, ut fides plena habeatur ejusmodi instrumento, donec contrarium probetur, et praesumptio veritatis elidatur. Hinc instrumentum ejusmodi *probatio probata* dicitur, nec minus facit fidem, quam duo testes per textum *l. in exercendis cit.* ubi fides instrumentorum, et depositio testium quoad vim probandi aequiparantur; Everhard. *de fid. instrum. cap.* 3. *n.* 10. Haun. *tom.* 5. *de J. et J.* 4. *n.* 393. Vviest. *hic n.* 22. et novissime P. Schmier *process. jud. c.* 10. *n.* 64.

23

Neque obstat textus *novell.* 73. *cap.* 5. ubi imperator, *Nos quidem*, inquit, *existimavimus ea, quae viva dicuntur voce, et cum jurejurando, haec digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se*

subsistere. Nam imprimis textus iste non de publico, sed de privato tantum instrumento loquitur. Si vero de publico eundem loqui contendas, dicendum, ibi sermonem esse de casu, quo instrumentum ob dissimilitudinem characterum, vel aliam causam tanquam suspectum impugnatur; nam eo casu, si testes, qui se subscripserant, jurato asseverent, rem aliter, ac scripta est, gestam esse, major illis, quam instrumento fides habetur, cum facile in scribendo alienam manum quis imitari possit, perjurium autem non tam facile contingere soleat.

Porro ad hunc effectum probandi plene non est opus, ut protocollum, ex quo instrumentum transumptum est, edatur; *arg. l.* 2. *C. de testam.* vel ut testes in instrumento descripti, et tabellio; qui instrumentum confecit, producantur, et deponant super instrumenti veritate; nam etiam mortuis tabellione, et testibus eidem statur, ut colligitur ex *c. script. cit.* et notat *ibid.* Abb. *prin. not.* 2. Bald. *in rubr. C. h. tit. n.* 12. Konig *hic n.* 36.

Dixi: *De eo, quod dispositive continet;* nam quoad ea, quae in instrumento solum enuntiative, sive narrative et incidenter ponuntur, instrumentum fidem plenam non facit, nisi in antiquis, ut ex communi aliorum sensu advertunt Bartol. *in auth. siquis C. de edend. n.* 8. Fachin. *contr. l.* 11. *c.* 36. Vevsenb. *ff. h. tit. n.* 6. Vallens. *hic* §. 2. *n.* 2. Vviest. *n.* 21.

Addidi, *donec probetur contrarium;* potest enim etiam in ministris publicis fraus, vel error intervenire, qui si ostendatur sufficientibus argumentis, fides instrumenti cessabit.

24

Dub. 1. quam vim probandi habeat protocollum, ex quo solemne, et publicum instrumentum extractum, atque confectum est. Videtur non habere vim probandi plenam, quamdiu instrumentum publicum ex eo est extractum 1. ex *c. cum P.* 15. *h. t.* ubi casu, quo notarius aute instrumenti perfectionem mortuus est, ejus scriptura habetur pro imperfecta, et destituta probandi vi, et decernitur, quod illam tum demum obtineat, cum ordinarii judicis authoritate ab alio notario ad petitionem eorum, ad quos pertinet, in publicam formam redacta, perfectaque fuerit. 2. Ex *l. contractus* 17. *C. h. tit.* ubi venditiones, permutationes, donationes, arrharum dationes, transactiones, et negotia alia non aliter vires habere asseruntur, quam si instrumenta fuerint conscripta, et completa. 3. Ex *ratione*: quia protocollum principium duntaxat, sive inchoatio quaedam est instrumenti; ac proinde antequam compleatur ea, quam publicum instrumentum obtinet, vi probandi caret; *arg. leg. cum Silanianum* 11. *C. de his, quib. ut indig. ubi: in fin.* imperator, *nihil*, inquit, *actum creditur, dum aliquid addendum superest.*

25

Sed dicendum habere eandem vim, quam ipsum originale, seu solemne instrumentum. Ita Abb. *in cap.* 15. *h. tit. n.* 3. Imol. *ibid. n.* 3. Felin. *n.* 1. Laym. *n.* 3. Mascard. *de prob. concl.* 712. *n.* 9. Everh. *de fid. instr. cap.* 3. *n.* 33. Hiltr. *t.* 10. §. *quam fid. fac. instr. n.* 12. Haun. *to.* 5. *trac.* 4. *n.* 397. Vall. §. 2. *n.* 1. Zoes *n.* 5. Pirh. *n.* 16. Engl. *n.* 16. Konig *n.* 8. Vvies. *n.* 29. et novissime clariss. P. Schm. *proc. jud. c.* 10. *n.* 70. colligitur ex *cap. quoniam* 11. *de prob.* ubi notariis injungitur, ut sua originalia, seu protocolla penes se retineant, ut si super ibidem scriptis eveniat quaestio, *per hoc possit veritas declarari*; sicque supponitur, quod protocollis vis plena probandi constet. Ratio est, quia protocollum est velut matrix, et originales ex quo extrahitur, seu conficitur instrumentum, et ad illud recurrendum est, si de instrumento dubium incidat; ut proinde de eo procedat tantum illud, *propter quod unumquodque tale illud magis tale*, et quia instrumento inde desumpto plena fides tribuitur, multo magis eadem fides adstruenda sit protocollo. Accedit, quia protocollum legitime confectum plerasque instrumenti publici solemnitates habet, propter quas vis plenae probationis tribuitur instrumento publico.

26

Proceditque assertio ista 1. etiamsi nondum inde extractum sit instrumentum; et cons. protocollum probat sine instrumento; nam vim probandi protocollum habet non ab instrumento, sed instrumentum potius a protocollo. Ita DD. *cit. Procedit* 2. etsi notarius protocollum, antequam illud in instrumentum publicum redigat, partibus non ostenderit, vel legerit; quia licet consultum sit illud facere, quia tamen textus non extat, qui hoc praecipiat, non est necessarium in iis actibus, in quibus scriptura ad probationem solummodo faciendam pertinet; Abb. *in cap.* 15. *cit. n.* 4. Vvagn. *ibid.* 5. *V. in notas redacta*, Pirh. *hic n.* 17. *Procedit* 3. etiamsi protocollum adversetur instrumento; nam potius standum est protocollo, quam instrumento, cum hoc ex illo extractum sit, et cum de fide instrumenti dubium incidit, ad protocollum recurri debeat; Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 433. Zoes. *hic n.* 6. Pirh. *n.* 17. *cit. Procedit* 4. etiamsi notarius, qui illud scripsit, mortuus sit, antequam conficeret instrumentum publicum; nam si alius notarius instrumentum dein ex isto perficiat, hoc plenam vim probandi habet, non habiturum, si hac protocollum careret; Barb. *in c.* 15. *cit. n.* 6. *et* 7. Haun. *n.* 398. Pirh. *n.* 18.

27

Neque contrarium probant argumenta allata. *Ad* 1. authoritas judicis in casu *c. cum P. cit.* requiritur, non, quod protocollum per se rei gestae fidem non faciat, sed ut notarius protocollo, quod ipse

non scripsit, uti ad confectionem instrumenti possit, vel ut pars, cujus interest, ad confectionem ejusdem citetur; Vvies. *n.* 30. *hic. Ad* 2. ibi sermo expresse est de contractibus, quos in scriptis fieri contrahentibus initio placuit: tales enim ex contrahentium intentione, etiam in protocollo descripti, ullas vires ante non habent, quam instrumentum super iisdem confectum fuerit. Alia ratio est contractuum, qui in scriptis celebrati non sunt; hos enim protocolli tenor non minus, quam instrumentum ex protocollo extractum probat; Everhard. *cap.* 3. *cit. n.* 34. *Ad* 3. licet protocollum non sit perfectum in ratione instrumenti publici, perfectum tamen est in ratione protocolli.

28

Dub. 2. quam vim habeant ad fidem faciendam exempla, seu copiae publicorum instrumentorum? Videntur et ipsa indiscriminatim facere plenam fidem ob complures juris, praesertim civilis, textus. Nam 1. olim adhibebatur fides exemplo desumpto ex rationibus argentariorum, et nummulariorum; *l. siq.* 6. §. *praetor ait* 8. *ff. de edend.* 2. testamenti exemplo adhibetur plena fides, ut habetur *l. unum testamentum* 24. *ff. qui testam. facer. pos. et l. si in duobus* 10. *ff. quemad. test.* 3. Ob inventarium, in quo debita chirographaria scripta sunt, pupilli debitores non minus ex eis, quam ex ipsis chirographis conveniuntur; *l. chirograph.* 57. *princ. ff. de admin. tutor.* 4. Is cui actorum eduntur exempla, cavere debet, et promittere, se illis contra fiscum, vel remp. non usurum; *l. in fraudem* 45. §. *neque* 5. *ff. de jur. fisc.* 5. *novel.* 127. *c.* 2. statuit imperator, *ut si principalia instrumenta pereant* (*quod facile est*) *per monumenta matrimonii ejus probatio maneat.* 6. Accedit authoritas juris canonici; *c. constitutus* 2. *de fidejuss. c. cum olim* 13. *de privil. c. cum dilecta* 4. *c. venerabilis* 8. *et c. fin. de confirm. util. et inut.* ubi instrumento exemplato non minor adhibetur fides, quam originali.

29

Sed distinguendum est; vel enim hujusmodi exempla privata solum authoritate, manuque ex originali transumpta sunt, vel e notario publico.

Si primum, sine originali regulariter fidem non faciunt. Ita cum communi Covar. *pract. qq. c.* 21. *n.* 2. Vivian. *in c. si scripturam* 1. *h. t.* Laym. *ibid. n.* 1. Barb. *n.* 1. Gonz. *n.* 1. Vvag. *V. ad exemplaria,* Hiltr. *p.* 3. *tit.* 10. §. *quamfid. fac. instr. n.* 6. Haun. *to.* 5. *tract.* 4. *n.* 412. Vall. *hic* §. 2. *n.* 1. Zoes *n.* 4. Sann. *cap.* 2. *n.* 2. Vvies. *n.* 24. et aperte constat ex *cap. si scripturam cit.* ubi Gregorius pontif. *Si scripturam*, inquit, *authenticam non videmus, ad exemplaria nihil facere possumus.* Consonat jus civile *l. quicunque ff. eod. l. cum precibus* 18. *C. de probat. auth. siqu. C. de edend.* Ra-

tio est, quia si exemplo fides adhiberetur absque originali, facile daretur occasio falsitatis, et deceptionis; possent enim in ipso originali existere cancellationes, rasurae, vel alia vitia, quae ipsum originale irritum facerent: quae vitia cum inspectione solius exempli cognosci nequeant, idcirco, ut exemplum fidem facere possit, merito petitur, ut ostendatur originale, sicque comparari cum ipso exemplar possit. *Conf.* nam tabellio tantum reputatur pro teste publico, igitur nisi hujusmodi exemplum manu tabellionis fiat, fides ei non adhibetur.

30

Si secundum, altera distinctio est adhibenda, et videndum, an exemplatio facta sit ab eodem notario, qui fecit originale, an a diverso. *Si ab eodem notario*, facile consentiunt DD. fidem facere hujusmodi exemplum, etsi factum sit sine authoritate judicis; quia haec tantum requiritur, quando novum exemplar extrahitur; hoc autem proprie novum non est, sed virtualiter originale est, cum nihil eidem desit. *At si a diverso notario* facta sit exemplatio tertio distinguendum est, et considerandum, an facta sit cum solemnitatibus a jure requisitis, an sine illis.

31

Si cum ejusmodi solemnitatibus, eandem vim probandi habet, quam ipsum originale. Ita Abb. *in c. fin. h. t. n.* 5. Felin. *ib. n.* 1. *et seq.* Everard. *de fid. instr. cap.* 4. *n.* 35. Hilt. *par.* 3. *tit.* 10. §. *quam fid. fac. instr. n.* 19. *et* 20. Pax Jord. *lib.* 14. *tit.* 20. *n.* 287. Haun. *to.* 5. *tract.* 4. *n.* 417. Vvesenb. *ff. h. t. n.* 6. Vall. §. 2. *n.* 1. *hic* Pirh. *n.* 21. Vviest. *n.* 28. et alii ab his *cit.* Constat ex *c. fin. cit.* Requiritur autem 1. ut interveniat authoritas judicis; nam sine hujus authoritate ab alio notario, quam qui originale confecit, transumptum exemplum, licet conjecturam aliquam, seu suspicionem, fidem tamen plenam non facit, eo, quod timeatur falsitas. Ut is, cui exemplatio instrumenti demandatur, sit persona publica, seu notarius; *c. fin. h. tit.* vel si talis haberi non possit, transcriptio fiat per aliam personam honestam, apposito sigillo authentico, ut cum glossa *in c. fin. cit. V. publicam personam* notat Hilt. *n.* 20. *cit.* 3. Ut id fiat ad rogationem partium ob justam causam; qualis esset, si instrumentum vetustum sit, ut timeatur, ne vitietur, vel consumatur; si ex archivio seu loco, ubi asservatur, auferri, et in locum remotum sine periculo amissionis mitti non possit; si specialis sit utilitas, ut plura de eodem contractu, testamento, exempla extent, ne uno amisso, partibus copia probationis pereat etc. 4. Ut ad talem exemplationem citentur ii, quorum interest; nam exemplum etiam solemniter descriptum non praejudicat, nisi iis, qui ad talem traductionem vocati sunt, et his,

qui jura eorum obtinent, non autem aliis, tametsi praesumptionem inducat pro proferente contra non vocatum, imo interdum etiam probationem semiplenam. Quodsi tamen aut periculum sit in mora, aut alicubi sit consuetudo, ut absque ulla citatione exemplatio fiat, fidem suam obtinebit exemplum, etsi non tantam, quantam obtinet factum citatis partibus; Pax Jordan. *num.* 289. et alii supra. 5. Ut instrumentum, quod exemplatur, revera sit publicum, et nulla ex parte vitiosum, quod videre incumbit judici, cujus authoritate fit exemplatio; *c. fin. cit.* quia exemplum, quantumvis solemniter confectum, probandi vim aliam nullam habet, quam ipsum originale, ex quo desumptum est; Everhard. *c.* 4. *cit. num.* 21. 6. Ut exemplum concordet cum originali; nam si inter exemplum, et originale sit aliqua repugnantia, originali stabitur; Barbosa *in c.* 1. *hoc tit. n.* 4.

32

Si sine solemnitatibus n. praec. relatis fiat exemplatio, etsi notarius sive unam, sive plures ejusmodi copias conficiat, et attestetur, se fideliter descripsisse, nullumque in originali defectum deprehendisse, regulariter quoad negotium, super quo erectum est originale, plena fides hujusmodi copiis in judicio non est habenda siue aliis adminiculis, ut praeter *citt.* tradit Sichard. *in rubr. C. hoc tit. n.* 6. Zas. *l.* 2. *cons.* 1. *n.* 96. Engl. *hic n.* 50. Konig. *num.* 55. et alii apud ipsos. Ratio est, quia notarius, qui negotio non fuit praesens, authentice nequit de ipso testari, ut dictum est *n.* 21. *supra.*

33

Dixi autem 1. *regulariter*; nam in quibusdam casibus etiam his requisitis destitutum exemplum vim probandi habet, etiamsi ab alio notario confectum sit. Et 1. quidem, si inter acta reperiatur, modo per notarium actorum collatum fuerit; Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 75. *n.* 1. Konig. *n.* 54. 2. Si in archivio sit positum, aut ab archivio extractum cum originali concordans; *Novell.* 49. *c.* 2. *l. gesta* 6. *C. de re judic.* Gonzalez *in c.* 1. *h. tit. n.* 12. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 422. 3. Si constet, quod ab antiquo jam tempore ejusmodi instrumentum exemplatum fuerit, quo casu antiquitas temporis magnam fidem inducit, etsi non constet in ejus descriptione observata fuisse, quae ad solemnitatem exempli desiderari *num. praec.* retuli; Mynsing. *loc. cit. n.* 2. Gonzal. Haun. *loc. citt.* 4. Si exemplatio facta sit cum partium voluntate, et utraque exemplum, suo consensu factum, approbet tanquam originali concordans; tunc enim habet vim confessionis, et pacti, quod plene probat inter partes. Debet autem consensus iste esse expressus: unde, ut bene notat

Haun. *n.* 415. non sufficit, quod pars adversa nihil opponat in judicio. Rationem dat, quia non solum parti, sed etiam judici facienda est fides; ergo si judex adverteret, exemplum non esse authenticum, posset etiam parte non opponente, illud rejicere, et ex officio supplere defectum partis non opponentis. Neque semper verum est, quod ex non oppositione partis inducatur confessio partis; quia forte ex simplicitate, aut juris ignorantia, vel alia de causa non opponit, 5. Si consuetudine introductum sit, ut copiis, a solo notario vidimatis, habeatur fides; nam consuetudine istud introduci potest *per c. cum dilectus* 9. *hoc tit.* cum enim consuetudine possit acquiri jurisdictio, cur non etiam potestas instrumenta inspiciendi, approbandi, et inde copias authenticas formandi? Engl. *hic n.* 51.

34

Dixi 2. *quoad negotium*, *super quo erectum est originale*: nam quoad cetera, quibus ipse praesens fuit, et coram inspexit, vel audiit, plena habetur fides, ut quod exemplar transumptum concordet originali, quod illud inspexerit, quod partes ipsum rogaverint etc. non tamen quoad ipsum negotium, quia forte originale, ex quo transumptum est, vitiosum est. Neque sufficit, quod asserat originale authenticum fuisse, publicum sigillum habuisse, subscriptiones testium, et reliquas solemnitates non defuisse; de hoc enim judicare, non officium notarii, sed judicis est; *cap. cum p.* 15. *et cap. fin. hoc tit.*

Dixi 3. *fidem plenam hujusmodi copiis non habendam*; negari enim non potest, quin faciant magnam praesumptionem; hinc iisdem tamdiu creditur, donec adversarius excipiat, et ipsa originalia exhiberi petat.

Dixi 4. *sine aliis adminiculis*; nam si alia adminicula concurrant, et originale amissum sit, talibus copiis plena fides tribuitur a Farinac. *lib.* 2. *civil. decis.* 368.

35

Neque contra sic explicatam responsionem pugnant argumenta *n.* 28. relata. *Ad* 1. argentariorum libri, et cons. etiam inde transumpta tantum probant contra ipsos, quo modo infra dicam probare etiam scripturas privatas, non autem pro ipsis, ut Gonzal. *in cap.* 1. *hoc tit. num.* 13. notat. *Ad* 2. *lib.* 24. *cit.* procedit in scripturis testamenti solemniter ab eodem tabellione confectis, quo casu eadem est utrisque fides. Similiter *lib.* 10. *cit.* intelligi debet, non de exemplo exemplato, sed de instrumento authentico originali. *Ad* 3. inventarium illud plene probat, quia olim coram judice, et notario, nunc usu communi coram notario tantum conficitur. *Ad* 4. Exempla in eo textu fidem faciunt, quia in ejus species dicebantur

edita a fisco; et ita per similem productionem censentur vera esse, quaecunque in illis continentur. *Ad* 5. *et* 6. textus illi intelligi debent de instrumentis exemplatis authoritate publica.

§. II.

De instrumentis privatis authenticis.

SUMMARIUM

36 *Definitio, et varietas instrumenti privati authentici.*
37 38 *Quam vim probandi habeant acta judicialia?*
39 40 *Scripturae depromptae ex archivio publico?*
41 *Vel privato?*
42 43 *Munitae sigillo publico, et authentico?*
44 45 46 *Habentes appositum sigillum personae privatae?*
47 48 *Libri officialium publicorum?*
49 50 *Matriculae, et libri censuales?*
51 52 *Libri ecclesiarum, monasteriorum etc.*
53 *Scripturae privatae subscriptae a tribus testibus?*
54 *An consuetudo facere possit instrumentum authenticum?*

36

A publicis instrumentis ad privata transimus, ita dicta, quod vel non a persona publica, vel sine debitis solemnitatibus confecta sint. Ex his aliqua *authentica* appellantur, quae quia plenam et ipsa fidem faciunt, dicuntur etiam *effectu publica.* Describi *instrumentum*, seu *scriptura privata authentica* potest, quod sit *scriptura privata quidem, testium tamen subscriptione, aut sigillo, eoque recognito, et approbato, aut alio legitimo modo munita.*

Plures illorum sunt species; nam pro talibus habentur 1. Acta publica, et judicialia, 2. Scripturae ex archivio publico depromptae, 3. Scripturae a privatis quidem confectae, sed publico, vel authentico aliquo sigillo principis, episcopi, civitatis, universitatis, vel alterius communitatis jus sigilli habentis munitae; 4. Scripturae privati manu confectae, sed trium, et aliquando duorum testium adhuc viventium, et suam manum recognoscentium subscriptione corroboratae, 5. Matriculae et libri censuales, vulgo *Cammer-Steur- und Zahl-Decher*, in quibus descripta est aestimatio bonorum, seu patrimonii cujusvis subditi eo fine, ut a superiore cum debita proportione possint imponi exactiones, contributiones, steurae, seu

collectae. 6. Libri officialium publicorum, parochiales baptizatorum, nuptorum, defunctorum; libri collegiorum, opificum, *die Zunfft-Decher*, 7. Denique omnes illae scripturae, quae, secundum morem, et consuetudinem regionis confectae, vim authenticarum obtinuerunt apud omnes a longo usu, et tempore. De singulis quaeritur, quantam vim probandi habeant. Hinc.

37

Quaeritur 1. quid probent *acta publica*, *et judicialia*? Acta hoc loco dicuntur illa, quae fiunt coram judice, aut alio habente notionem, seu jurisdictionem aliquam. Dividuntur in judiciaria, et non judiciaria. *Judiciaria* appellantur, quod fiant in judicio, et ex his aliqua dicuntur praeparatoria, alia discussoria, alia decisoria. *Non judiciaria* vocantur illa, quae fiunt coram judice exercente jurisdictionem voluntariam, ut sunt emancipationes, donationum insinuationes, minorum alienationes requirentes decretum judicis etc. Haec plerumque referuntur in scriptis et vocari solent *monumenta*; ad priora vero requiritur scriptura de substantia.

De utrisque dicendum, quod si debito modo confecta sint, nec aliunde defectum habeant, faciant plenam fidem; adeoque quando dubitatur, an lis fuerit contestata, an libellus oblatus, an testes examinati, an pars citata ad ferendam sententiam, an facta legitime emancipatio, donatio, alienatio etc. si in actis reperiantur scripta, hoc ipso probantur gesta esse, prout gesta esse in actis reperiuntur. Ita ex communi DD. sensu Hiltrop. *part.* 3. *tit.* 10. §. *quam fid. fac. instrum. num.* 12. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *num.* 355. Vallens. *hic* §. 2. *num.* 1. Zoes. *n.* 5. Pirh. *num.* 16. Engl. *n.* 16. Konig. *n.* 8. Wiestner *n.* 32. et aperte deciditur *l. fin. Cod. de re judic.* ibi: *Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem; neque enim morte cognitoris perire debet fides publica.*

38

Proceditque hoc 1. teste Haun. *loc. cit.* non solum inter personas, inter quas actum est, sed etiam respectu aliarum personarum, 2. non tantum, quando subsecuta est sententia definitiva, sed etiam cum perempta est instantia, quia vel tempus pro agendo constitutum transit, vel quia ob contumaciam actoris reus fugit ab observatione judicii, 3. nec tantum coram judice, sed etiam coram subrogato in locum prioris judicis *argum. cap. quoniam* 11. *de testib.* nam successor censetur idem moraliter esse cum priore, sicut est judicium, 4. nec in eadem solum instantia, sed etiam in alia, ut si pars appellet, aut si per viam revisionis causa tractetur iterum.

Dixi autem, *si debito modo confecta sint*; nam ut his actis publicis et judiciariis plena habeatur fides, necesse est, ut authoritate judicis, in hujus, et partium praesentia, a notario, vel ejus loco a duobus aliis viris idoneis ejusmodi acta fideliter conscribantur, et ita, ut ex hujusmodi scriptura, quae acta sunt, plene intelligi possint.

Addidi *probare gesta, ut gesta esse in hujusmodi actis reperiuntur*; nam in actis probatoriis duo sunt distinguenda, unum, quod probationes hujusmodi factae, instrumenta producta, testes auditi sint, et hoc plene probatur ex actis: alterum, quod ejusmodi acta probatoria intendunt probare; et de hoc dicendum, quod fidem non faciant, nisi inter easdem personas, et in ordine ad eundem finem, prout dictum est *tit.* 20. *a n.* 128.

Eandem probandi vim habent omnes scripturae, etiam privatae, quarum publicatio, interveniente magistratus authoritate, facta est, ut cum testamenta, vel codicilli, aut aliae tabulae authore judice aperiuntur; *leg. publicati* 2. *Cod. de testam. leg. fin. Cod. de re judic. leg. nec in arbitris* 4. §. *si igitur* 1. *Cod. de recept. arbit.* et docent Hiltrop. *loc. cit.* Vvesembec. *ff. hoc tit. n.* 2. Konig. *hic n.* 41. Sannig *cap.* 2. *n.* 5. cum communi DD.

39

Quaeritur 2. quid probent scripturae ex archivio depromptae? Resp. distinguendum, ex quo archivio depromptae sint; nam dupliciter archivium sumi potest, aliquando proprie, et in sensu juris communis, aliquando improprie. *Improprie* dicuntur archivia, quae non sunt erecta authoritate publica, seu alicujus magistratus habentis potestatem ferendi leges publicas. Hujusmodi archivia rectius dicuntur *chartophylacia*, et talia sunt, quae in religiosis conventibus, in civitatibus municipalibus, aliisque communitatibus minoribus, item a comitibus, aliisque nobilibus eriguntur, ubi reponuntur scripturae tam authenticae, quam non authenticae, nec semper in eum finem, ut possint produci in judicio ad aliquid probandum, sed plerumque solum pro instructione superiorum, et procuratorum; saepe solum ob reverentiam personae scribentis, v. g. epistolae alicujus principis ad ejusmodi communitatem datae. *Archivium publicum* est locus publica authoritate superioris, vel magistratus habentis potestatem condendi leges erectus in eum finem, ut in eo tabulae, et instrumenta publica, ac monumenta rerum gestarum asserventur. Hoc in jure *grammatophylacium* vocari solet. Jus publici archivii juxta communem tantum competit praelatis ecclesiasticis majoribus, videlicet episcopis, et horum superioribus; item principibus et statibus saecularibus illis, qui in territoriis suis exercent jura imperii, et regalium. Reponi in

eo non solent, nisi eae scripturae, quas magistratus vult esse, et haberi pro authenticis. Praeficitur illi *archiata*, seu officialis publicus, quem antiqui *commentariensem*, nos *cancellarium* appellamus. Sub hujus custodia esse archivium debet, qui etiam, si ex eo producatur scriptura aliqua, ut haec fidem plenam, et publicam mereatur, attestari debet, quod scriptura illa in archivio inter alia instrumenta authentica reperta, et fideliter asservata fuerit. Quodsi tamen ejusmodi scriptura ex archivio publico immediate exhiberetur illi, contra quem producitur, ita, ut dubitari non posset fuisse receptam in archivio, etiam sine hujusmodi archiviarii attestatione probaret, ut notat Haun. *tract.* 4. *citat. n.* 494. et supponit Carpzov. *part.* 1. *constit.* 17. *defin.* 38. Colligitur etiam ex *novell.* 49. *c.* 2. ubi plus non requiritur, quam quod scriptura reperta sit in archivio. His positis

40

Satis convenit inter DD. quod plenam, et perfectam fidem faciunt scripturae productae ex archivio publico: ita enim cum ceteris docet Hiltrop. *part.* 3. *tit.* 10. §. *Vocabulum instrum. n.* 13. *et tit.* 14. *n.* 1. *et seqq.* Everhand. *de fid. instrum. cap.* 7. *n.* 35. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 20. *num.* 11. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *num.* 362. *et* 493. *ac seqq.* Vvesembec. *ff. hoc tit. n.* 2. Barbosa *in cap.* 2. *eod. n. n.* 12. Vallens. *hic* §. 1. *n.* 3. Pirhing *n.* 33. Engl. *n.* 20. Konig *n.* 10. Vviestner *n.* 37. et aperte deciditur *l. author adhaec C. hoc tit.* quae desumpta est ex *Novell* 49. *cap.* 2. Ratio est, quia licet talis scriptura secundum se publica non sit, prout est illa, quae per publicum notarium confecta est, vim tamen publici instrumenti habet tum ratione loci, quod in archivio recondita fuerit; tum ratione personae, quod per publicum, et juratum officialem, seu ministrum sint registratae, cui ex officio incumbit, ut non nisi scripta, seu litterae, quae fidem merentur, inter scripturas archivii reponat. Procedit assertio, ut hujusmodi instrumenta, et scripturae probent non tantum pro subditis et inter subditos, sed inter quoscunque, etiam non subditos. Ratio desumitur a paritate cum aliis instrumentis publicis; neque enim assignabilis est ulla disparitas, cur notarius instrumento publico ob authoritatem illius, a quo constitutus, et creatus est notarius tribuere vim probandi universalem possit, et non etiam locus publicus ab eadem authoritate erectus in eum finem, ut scripturae ibi asservatae sint, et evadant authenticae: igitur sicut per instrumentum publicum probatur factum esse illud, quod in instrumento narratur factum esse, et hoc probat apud omnes, esto, non noceat illis, inter quos non est res gesta, ita etiam de scriptura in archivio publico asservata dicendum est.

41

In scripturis productis ex archiviis monasteriorum, civitatum, et personarum illustrium, quibus nec cancellarius praepositus est, nec jura regalium suffragantur, distinguendum est inter quatuor casus, 1. si subditus contra alium subditum producat ejusmodi scripturas, 2. si subditus contra dominum, 3. si dominus, monasterium, collegium, aut communitas contra subditum, 4. si eadem communitas contra extraneum et non subditum. *In primo, et secundo* casu hujusmodi scripturis creditur, ut tradunt Jason *in leg. admonendi* 31. *ff. de jurejur. n.* 137. Engl. *hic n.* 21. Konig *n.* 43. *In tertio* casu fidem faciunt in factis antiquis, et memoriam hominum excedentibus; Bald. *lib.* 7. *Cod. probat. n.* 3. Vvesenbec. *ff. hoc titul. n.* 6. Engl. Konig *loc. citt.* quia in antiquis universim propter difficultatem probationis leviores probationes sufficiunt. Idem dic, si tales scripturae sint, quae communiter pro authenticis habentur, et ad quas in dubiis recurritur ab ipsis subditis; tunc enim consuetudo authoritatem scripturae dat. *In quarto* casu hujusmodi libris, et scripturis non creditur, ut iterum docet Bald. *loc. cit. n.* 1. et ratio est, quia respectu extranei civitas, vel resp. censetur jure privatorum, et cons. ejusmodi scripturae, tanquam mere privatae, non probant; intellige, plene, et tanquam scripturae authenticae; negari enim non potest, quin praesumptionem aliquam faciant, praesertim si juventur aliis adminiculis. Imo juxta Zypaeum *lib.* 2. *consult. un. de fid. instrum.* hujusmodi libri, et scripturae, ex chartophylaciis monasteriorum, vel ecclesiarum jus archivii non habentium prolatae, non minorem faciunt fidem, quam facerent illi, qui tales libros, vel instrumenta scripserunt; hinc sicut clerico pro sua ecclesia, religioso pro suo monasterio testimonium dicenti creditur, simili fide credetur etiam ejusdem scripturae. Ego hoc admiserim, si alia concurrant adminicula, quae scripturae tali authoritatem concilient; nam certum est minorem esse authoritatem scripturae nudae, et non adminiculatae, quam testis, cui maxime fidem facit juramentum, quod deponere debet, antequam deponat testimonium.

42

Quaeritur 3. quam fidem faciant scripturae munitae sigillo? Resp. distinguendo, an munitae sint sigillo publico, et authentico, an tantum habeant appositum sigillum unius privatae personae?

Si munitae sint sigillo publico, et authentico, et cetera per consuetudinem, vel alias requisita habeant, indistincte faciunt plenam fidem quoad illum finem, in quem sigillum est appressum, non tantum pro tertio, sed etiam contra illum, non tamen pro sigillante, nisi sit princeps supremus. Sumitur ex *c. scripta* 2. *hoc tit.*

et tradit *ibid.* Glossa *fin.* Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 10. §. *vocabul. instr. etc. n.* 11. *et titul.* 12. *n.* 1. *et seqq.* Vvesenbec. *ff. hoc titul. num.* 2. Everhard. *eod. c.* 12. *n.* 25. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 20. *n.* 5. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 577. Gonzalez *in cap. cit. n.* 6. Barbosa *ibid. n.* 15. Vallen. *hic* §. 1. *n.* 3. Pirhing *n.* 36. Engl *n.* 17. Konig *n.* 37. Vviestner *n.* 44. et patet ex privilegiis, concessionibus, et contractibus principum, et magnatum, quae si eorum sigillum appositum sit, plenam fidem etiam contra ipsos faciunt. Porro quaenam sigilla in proposito pro authenticis habenda sint, ad consuetudinem locorum attendendum est; Engl *loc. cit.* docet illa sigilla communiter dici authentica, quae a personis in dignitate constitutis, et magistratum habentibus apprimuntur.

43

Dixi autem *si cetera per consuetudinem, vel alias requisita habeant.* Requiritur autem 1. ut hujusmodi scriptura etiam tempore productionis sigillum habeat, nec sufficit, si in scriptura diceretur sigillum esse appressum, aut si in ipsa charta appressio apparet, ut patet ex *c. scripta cit.* Ratio clara est, quia si sufficeret, infinitis fraudibus pateret via; facile enim scripturae privatae posset aliquis sigillum, apprimere, et hoc iterum removere, relicto vestigio. Simile fraudum periculum foret, si scriptura attestans appressum fuisse sigillum facere fidem posset, sigillo non existente. Unde disparitas est cum instrumento publico; nam quia sigillum non est de hujus substantia, ideo illud etiam sigillo remoto probat, 2. ordinarie non sufficit nudum sigillum, sed apponens debet vel se subscribere, vel in litteris exprimere, quod ipse apposuerit, et addere, ex qua causa apposuerit; Innoc. *in cap.* 2. *cit. n.* 2. Engl *hic n.* 18. Konig *n.* 7. Ratio est, quia sigillum sine subscriptione videtur esse testis mutus, aut sui dicti rationem non reddens, quia ad probandum plene non est idoneus. Accedit, quia si soli sigillo fides plena habeatur, facile dolus committi poterit. Denique variis de causis sigillum apponi potest; igitur vel subscriptione, vel in ipso contextu scripturae apponens sigillum testari debet se apposuisse in confirmationem scripturae, nisi tamen hoc aliunde constet, uti constare potest ex consuetudine communi, quod non in alium finem plerumque soleamus sigillum apponere, nisi ut inde firmam habeamus scripturam; quare Barbosa *in cap.* 2. *cit. n.* 15. monet, subscriptionem non esse necessariam, nisi cum dubium est, an sigillum sit supposititie additum, 3. si negotium, de quo testatur scriptura, ad officium sigillantis non pertinet, requiruntur testes saltem duo; sufficit autem probabiliter, si inscripti sint, quamvis tutius, jurique conformius sit, si se subscripserint. Secus res sese habet, quando negotium, de quo testatur

scriptura, pertinet ad officium sigillantis; tunc enim scriptura sic sigillata, nisi aliud obtineat consuetudo, fidem facit, etiamsi nulli subscripti sint testes, ut colligitur ex *cap. scripta 2. hoc tit.* ubi generaliter scripturae sigillo authentico munitae tribuit vim probandi, neque fit mentio testium.

44

Si vero hujusmodi scriptura solum habeat appositum sigillum unius privatae personae, multum interest, an sigillum fuerit recognitum ab apponente, h. e. an is, contra quem probatio instituitur, fateatur suum esse sigillum, atque a se appositum; an vero negct suum esse sigillum, vel a se appositum. *Si hoc secundum*, in primo quidem casu onus probandi, ut recte Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 588. incumbet asserenti, non neganti, nisi hic sponte velit exhibere sigillum proprium, ut ex eo appareat discrimen; in secundo autem casu onus probandi transfertur in negantem a se appositum esse, quia in dubio praesumitur sigillum voluntate domini appositum, nisi probetur contrarium. *Si primum*, et is, contra quem scriptura producitur, recognoscat sigillum, ac fateatur suum esse, atque a se, vel voluntate sua appositum, ejusmodi scriptura, seu litterae plene probant in praejudicium apponentis sigillum, non autem contra alium tertium, multo minus iisdem creditur in favorem sigillantis. Ita gloss. *in l. si procuratorem V. intelligendum ff. de procurat.* Menoch. *de arbitr. c.* 113. *n.* 8. *et* 9. Maccard. *de probat. concl.* 1309. *n.* 1. *et seq.* Haun. *tr.* 4. *cit.* 586. Pirh. *hic n.* 37. *et seq.*

45

Dixi 1. *plene probant in praejudicium apponentis sigillum*; et hoc sensu sigillum, et scriptura ejusmodi est authentica. Proceditque hoc etiam sine alia subscriptione vel propria, vel testium; quia sicut subscriptio, ita et sigillum adhibetur ad fidem faciendam scripto, nempe quod emanaverit ab illo, quem sigillum, vel subscriptio ostendit. Et verum est hoc etiam casu, quo procuratorio nomine ab alio appositum sit sigillum; nam eo casu principalis censetur istud per se ipsum fecisse. *Excipe,* nisi procurator abusus esset sigillo sibi commisso; nam ejusmodi litterae sigillo alterius munitae procuratorio nomine tantum valent, quantum acta procuratoris; sicut ergo acta a procuratore non tenent, si hic abusus sit procuratoris officio contra mentem principalis, ita nec committens sigillum tenebitur litteris, et obligationibus, quas alter abusus sigillo sibi commisso contra mentem committentis subsignavit: debet tamen eo casu probari subsignationem factam contra commissionem, et expressam voluntatem committentis sigillum; nam alias praesumitur voluntate committentis facta esse subsignatio. Idem dicendum de chartis vacuis, quas *biancas*

appellant, sigillo munitis ; nam si is , cujus est sigillum , neget se mandasse illud, quod ibi reperitur scriptum, et si constet, quod chartas tantum vacuas commiserit, tradens ejusmodi chartam non obligatur ad id, quod non mandavit, et is, qui tali scribenti credidit, sibi imputare debet, quod sit deceptus. Excipiendum tamen in utroque casu est , nisi tradens hujusmodi chartam , vel sigillum sciverit illum, cui tradit, abuti illo, vel abusurum; tunc enim teneretur de culpa lata.

46

Dixi 2. *non autem contra alium tertium*. Ratio est, quia sigillum non potest majorem fidem facere, nec plus probare , quam testimonium , ad quod probandum adhibetur, atqui ad plenam fidem faciendam adversus tertium unius privati viri testimonium non est sufficiens; ergo nec unius privati sigillum. Addidi *unius privati viri*; nam si duorum virorum probatae vitae, et integrae famae sigilla apposita litteris, et recognita, seu approbata fuerint , facient illa plenam fidem, etiam cum agitur de alterius praejudicio.

Dixi 3. *multo minus in favorem sigillantis* ; nam testi in propria causa non creditur, ut dixi *tit.* 20. *de test. et attest. n.* 62.

47

Quaeritur 4. quid probent libri officialium publicorum? Resp. Si scriptus sit talis liber ab officiali publice ad hoc deputato, et de iis, quae ad officium illius pertinent , plene probat factum ibi relatum, non minus, quam instrumentum confectum a notario, etiam contra tertium, et in favorem scribentis, nec tantum inter subditos illius loci, pro quo talis officialis est constitutus, sed etiam respectu existentis extra locum illius officialis. Colligitur ex *l. argentarius* 10. *ff. de edend.* et docet Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 10. §. *vocab. instrum. n.* 21. *et tit.* 13. *n.* 1. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 447. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 20. *n.* 38. Vagan. *in rubr. h. tit. not.* 5. Konig *n.* 46. Vviest. *n.* 43.

Tales autem libri sunt 1. libri parochiales baptizatorum, nuptorum, defunctorum. Imo, ut notat Jordan. *n.* 49. sola attestatio parochi de matrimonio contracto, vel de alio actu a se gesto ratione sui officii plene probat, quando aliis fulcitur adminiculis. 2. hujusmodi libri sunt eorum, qui *ad* gabellas, vel collectas recipiendas authoritate publica deputantur : hinc si officialis hujusmodi in tali libro scripsit, quod Titius gabellam solverit pro contractu emptionis celebrato cum Maevio, ex tali scriptura, utroque tamen praesente facta, probabitur non tantum solutio ipsius gabellae, sed etiam quod inter illos contractus hujusmodi celebratus fuerit: *neque obstat,* quod tantum ad gabellam recipiendam, non vero etiam ad contractus cele-

bratos scribendos deputatus sit; nam cum deputatus sit ad gabellas recipiendas pro contractibus, censetur per consequentiam necessariam deputatus ad audiendam confessionem contrahentium de ipso contractu, utpote fundamento gabellae alioquin non solvendae. 3. huc pertinent, teste Jordano *l. cit. n.* 72. libri massariorum alicujus villae, seu castri, aut communitatis ; libri fiscalium, et thesaurariorum; libri tutorum, curatorum, executorum, procuratorum , et similium in summis parvis, si habeant adjectam causam debiti, seu crediti, tempus, diem etc.

48

Dixi autem 1. *etiam contra tertium :* intellige, qui ejus personam approbavit, et cum quo res gesta est ; nam contra eum , qui personam ejus non approbavit, et cum quo res gesta non est, scriptura officialis non probat ex ratione quia res inter alios gesta alii nocere non potest.

Dixi 2. *et in favorem scribentis ;* nam si scriptus sit ejusmodi liber de iis, quae ad officium scribentis pertinent, ut in responsione posui, et quod ibi scriptum est, habeat verisimilitudinem , et alias difficulter probari possit, saltem cum juramento scribenti creditur adversus eos, qui ipsum tali officio destinarunt; nam his concurrentibus creditur libro rationum iustitoris, vel administratoris privati etiam in favorem scribentis. Et in hoc est disparitas cum notario, qui solum deputatus est ad negotia aliena scribenda , officialis publicus autem etiam ad ea, quae ipsum concernunt, quatenus sub generali ratione officii continentur.

Dixi 3. *non inter subditos tantum, sed etiam extraneos :* rationem dat Haun. *n.* 499. quia nullo jure probatur restringi vim probandi horum librorum debere tantum ad subditos, cum possit hujusmodi officialibus tribui tam ampla authoritas, ut eorum scripta probent etiam contra non subditos: et haec, nisi contrarium probetur, censetur collata omnibus publicis officialibus, qua talibus, ut *l. cit.* advertit Haun. Fatendum tamen est, quod sicut aliorum instrumentorum, ita et librorum hujusmodi, qui ab officiali publico scripti sunt, fides fieri possit suspecta, praesertim si contineret aliquid inverisimile: unde admittitur contra illos probatio in contrarium.

49

Quaeritur 5. quid probent matriculae, et libri censuales, quibus descripta continetur aestimatio bonorum quorumvis subditorum, ut a superiore cum debita proportione imponi possint census et exactiones? Resp. distinguendo inter libros censuales, qui conscripti sunt authoritate privata tantum, et inter eos, qui conscripti sunt authoritate principis ,

vel magistratus ab officiali publico. *Priores*, quales sunt libri censuales privatorum, quibus servitia subditorum, vel quaecumque alia a quibuscunque in unum volumen studiose, ac terse conscribuntur, non plus probant, quam alia instrumenta privata, de quibus §. *seq.*

Posteriores probant 1. quod res ibi descriptae tantum valeant, et non minori pretio, quam sub quanto ibi descriptae sunt, nisi subditus luculenter probet nunc minus valere: *non minori pretio*, inquam; quia ex hujusmodi libris non concluditur pretium ibi descriptum esse justum: hinc dominus ejusdem non prohibetur illam majoris vendere, ut notat Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 488. et hoc teste communis DD. Ratio est, quia in hac aestimatione non justum pretium, sed proventuum utilitas attenditur et hoc fit non exactissime, sed civiliter modo subditis accomodato, ut constat *ex l. forma* 4. §. *illam* 1. *ff. de cens.*

50

2. Probant, res descriptas publicis oneribus subjectas esse, adeo, ut nec privilegio immunitatis amplius tueri se possit ille, qui voluntarie passus est, res suas ibi describi, si tamen privilegio suo renuntiare potuit, qualiter non possunt clerici. Ita Hill. *p.* 3. *tit.* 10. §. *vocabul. instrum. n.* 13. *et tit.* 16. *n.* 1. Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 26. *n.* 11. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 483. Honig *hic n.* 11. et colligitur ex *l. census* 10. *ff. de prob.* Ratio est, quia hoc permittendo, nec intra certum terminum contradicendo, aut appellando (quem aliqui dicunt esse 10. dies) censetur consensisse. Hinc e contrario inferunt DD. quod si sciente superiore, vel ejus officialibus ad describendum constitutis, alicujus bona non invenirentur in libro censuali descripta, talis inciperet possidere immunitatem ab oneribus communibus, et intra 40. annos praescriberet.

3. Probant in favorem tertii, quod is, qui bonum aliquod tanquam suum fecit inscribi tanquam censuale, eo tempore fuerit in possessione illius boni: unde inscriptio tanquam confessio propria inserviet adversario ad probandum, quod bonum illud, quod ita libro censuali inscriptum est, ejus fuerit, qui fecit illud ita inscribi; Haun. *n.* 486. Addidi *in favorem tertii*; nam in praejudicium ejus, qui non intervenit, nec consensit in tali boni descriptione, nihil probat, ut colligitur ex *l. solemnib.* 25. *C. de R. V. I. censualis* 7. *C. de donat.* et notat Everard. *de fid. instr. c.* 8. *n.* 9. Haun. *n.* 485. Konig. *n.* 45. *etc.* Ratio est, quia res inter alios acta aliis nocere non potest.

51

Quaeritur 6. quid probent libri ecclesiarum, vel monasteriorum aut collegiorum, et similium communitatum, aut etiam illustrium personarum, in quibus jura, privilegia, obligationes etc. illarum descripta sunt? Resp. Si jus archivii publici, et proprie dicti habeant,

et ex his hujusmodi libri deprompti sint, fidem faciunt plenam secundum dicta *n.* 40.

Si hujusmodi jure non gaudeant, distinguendum, an producantur contra ecclesiam, monasterium etc. quod scribi illos curavit, an pro ecclesia, monasterio etc. *contra ecclesiam, monasterium etc.* vim plenae probationis habent; Felin. *in c.* 13. *de praescr. n.* 16. Craveta *de antiq. temp. p.* 1. §. *quid in libro n.* 6. Everh. *de fid. inst. c.* 7. *n.* 7. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 504. *et seq.* Vvies. *hic n.* 40. habentur enim pro confessione propria. Proceditque hoc non tantum de probatione directa, sed etiam de indirecta; et consecutive: et ita si in libro censuali alicujus monasterii, vel ecclesiae praedium aliquod non reperitur inscriptum, consecutive probatur illud non esse censuale, incumbetque ecclesiae, ut probet inscriptionem talis praedii ex ignorantia, vel inadvertentia esse omissam.

52

At pro ecclesia, vel monasterio regulariter non probant plene, ut cum Felin. et Haun. *l. cit.* docent Bald. et Salicet. *in l. exemplo* 7. *C. de probat.* Everh. *n.* 80. Vvies. *n.* 41. quia hujusmodi libri et scripturae reipsa sunt scripturae privatae, quae, ut *n.* 56. dicam, pro scribente non probant. Dixi *regulariter*; nam si aliunde talis liber authenticus factus esset, quia v. g. manu notarii scriptus est, vel in archivio publico asservatus plene probaret etiam ipse, sed non qua liber ecclesiae, vel monasterii, sed qua scriptura publica. Addidi *non probare plene*; quia praesumptionem saltem faciunt, etsi non tantam, quae aequivaleat plenae probationi. *Ratio est*; quia communiter non solent huiusmodi administratores fraudolenter agere sed potius bona fide procedere; ut proin pro tali merito aliqualiter praesumatur. Jura, quae contrarium asserere videntur, loquuntur solum de plena firmitate, et probatione. Potest tamen etiam hujusmodi liber adjuvari adminiculis, ut semiplene, vel etiam plene prebet, praesertim in rebus modici praejudicii, aut in antiquis, ac memoriam hominum excedentibus, ubi ob probationis difficultatem leviora recipi argumenta solent.

53

Quaeritur 7. quantum probent scripturae, quae inter privatos quidem super contractibus, vel alia quacunque ex causa facta, a partibus tamen, et tribus testibus integrae fidei subscriptae sunt? Resp. in his multum interesse, an testes sint adhuc superstites, an vero jam decesserint, vel ita in remotis degant, ut de veritate rei interrogari nequeant. *Si hoc secundum,* manent scripturae privatae, et cons. non majorem vim probandi, quam aliae scripturae privatae habent; quia scripturae tanquam testi mortuo, et non jurato in

praejudicium tertii fides non adhibetur. *Si primum*, et testes illi recognoscant suam manum, quasi publicae habentur, et cons. plenam fidem faciunt, prout notat Abb. *in cap. scripta* 2. *h. t. n.* 5. Hiltr. *p.* 3. *t.* 10. §. *vocab. instrum. n.* 15. Pax. Jord. *l.* 14. *t.* 20. *n.* 6. Vvesem. *ff. h. tit. n.* 2. Gonz. *in cap.* 2. *eod.* Engl. *hic n.* 22. Vvies. *n.* 17. et habetur *l. scripturas* 11. *C. qui potior in pign.* Et hoc ita verum est, ut is, qui per scripturam trium testium subscriptione munitam hypothecam sibi constituit, praeferatur illi, qui tantum in simplici chirographo illud fecit, quamvis hic prior tempore, ille posterior sit: cujus rei ratio est; quia is, qui in simplici tantum chirographo absque testibus hypothecam sibi constituit, potuit facile per fraudem, seu collusionem prioritatem temporis adscribere. Quia tamen praesumptio haec non est juris, et de jure, sed juris tantum, idcirco locus erit probationi in contrarium, et priorem hypothecam in simplici chirographo constituens manutenebitur in sua prioritate, si probare valeat se nihil dolo malo egisse.

54

Quaeritur 8. utrum consuetudo facere instrumentum aliquod authenticum possit, quod alias tale non esset? Resp. affirmative, et quidem ita, ut plenam fidem faciat etiam in praejudicium alterius tertii, dummodo nulla sit praesumptio, vel suspicio fraudis in contrarium. Colligitur ex *cap. cum dilectus* 9. *in fin. h. tit.* et tradit *ibid.* Host. *V. praesertim.* Ratio est, quia sicut consuetudo potest tribuere facultatem creandi notarios, ita etiam potest dare facultatem authenticandi instrumenta. Et sic 1. authentica censeri debent, quae longis temporibus a singulis tanquam publica, et authentica servata sunt 2. authentica dici debet omnis scriptura, quae confecta est secundum morem, et consuetudinem regionis. 3. In Germania ex consuetudine fidem faciunt litterae de contractu testantes, vulgo *Spalt-Zetl*, quae per medium circumflexae, et incisae, dimidiatis partibus inter utrumque contrahentem distribuuntur, nam si conjunctae litteras rectas, et ordinatas reddant, recte probant contractum initum.

§. III.

De instrumentis privatis non authenticis.

SUMMARIUM

Horum diversae sunt species, quae tamen ad tria potissimum capita reduci possunt, suntque vel cautiones parti a parte datae, vel rationes, et registra privatorum, vel epistolae, et litterae missivae. Hinc

55

Quaeritur 1. quid probent cautiones parti a parte datae? Antequam respondeam, noto, cautiones hujusmodi esse multiplicis generis. 1. *Apocha*: est cautio scripta solutionis factae, et ejus probandae causa data debitori a creditore. Vocari etiam solet *securitas*, *quitantia, aut quietantia.* 2. *Antapoca*: est cautio scripta, quae a debitore solvente censum, pensionem, vel redditus annuos datur creditori, ut hic inde probare possit talem pecuniam sibi pro censu, pensione, vel reddita annuo solutam fuisse, sicque impediatur praescriptio, quam alias fortasse debitor, aut ejus haeres posset objicere: vocari etiam solent *litterae reversales*. 3. *Syngrapha*: est schedula scripta, vel subscripta manu propria contrahentium in ipsius contractus, seu conventionis fidem. 4. *Chirographum*: est scriptura privata alicujus manu subscripta, tradita alicui ad alicujus rei gestae fidem, soletque dari pro quocunque negotio ad probationem debiti, v. g. pecuniae mutuo acceptae, conventionis factae etc. De his ergo omnibus.

56

Dub. 1. an, et quid probent hae scripturae privatae pro scribente? Resp. Instrumenta privata ab ipso scribente producta, nisi testium subscriptione, sigillo, vel alio adminiculo munitae sint , pro scribente ordinarie nihil probant. Ita cum communi DD. Mascard. *de probat. concl* 111. *n.* 1. Pax Jord. *l.* 12. *tit.* 20. *n.* 16. Haun. *to.* 5. *tract.* 4. *n.* 525. Laym. *in cap.* 2. *h. t. n.* 2. H. Canis. *ibid. n.* 2. Vall. *hic* §. 2. *n.* 4. Zoes. *n.* 8. Pirh. *n.* 24. Engl. *n.* 30. Konig *n.* 49. Vvies. *n.* 49. et novissime R.P. Schmier *proc. judic. cap.* 10 *n.* 90. Habetur expresse *l. instrumenta* 5. *l. ratione* 6. *et l. exemplo* 7. *C. de probat.* Ratio est, quia scriptura est quaedam scribentis assertio, et testimonium. Nemo autem est testis idoneus in propria causa; *l. nullus* 10. *ff. et l. omnibus* 10. *C. de test.* Accedit, quia si ejusmodi scriptura pro scribente probandi vim haberet , quilibet , cujus rei vellet, probationem sibi parare, et scribendo alium debitorem sibi constituere posset, quod exemplo perniciosum , atque iniquum , foret, ut dicitur *l. exemplo cit.* Extenditur assertio, ut talis scriptura etiam non probet pro haerede scribentis; nam hic cadem iu jure persona censetur cum scribente.

57

Dixi autem 1. *Nihil probant*, h. e. nec plenam, nec semiplenam probationem faciunt. Hoc tamen non obstante, inducunt praesumptionem, seu conjecturam aliquam, cum non sit verisimile, quempiam falsam fecisse scripturam propter timorem poenae falsi.

Dixi 2. *nisi testium subscriptione, sigillo, vel alio adminiculo sint munitae*; nam si ita munitae sint, aliquando semiplenam , aliquando etiam plenam probationem faciunt, prout minora vel majora sunt adminicula. Praecipuum adminiculum sumitur a subscriptione testium; nam si hi recognoscant suam manum, scriptura privata quasi publice confecta censetur, modo testes inscripti superstites sint , et *n.* 53. dictum est; mors enim eorum instrumenti vigorem perimit; *cap. scripta* 2. *h. t.* Vivian. *ibid. in ration.* Laym. *n.* 1. Gon. *n.* 2. Barb. *n.* 1. Et per hoc differt hujusmodi scriptura privata ab instrumento publico, quod fidem facit, et plene probat , licet testes inscripti mortui sint, vel etiam notarius; *cap. cum p.* 15. *h. tit.* et ratio est, quia hoc ex jure publicam authoritatem, et vim probandi habet; illa eatenus solum, quatenus a testibus substinetur.

58

Dixi 3. *ordinarie nihil probare pro scribente*; nam plures sunt casus, in quibus scripturae ejusmodi etiam sine subscriptione , vel inscriptione testium pro scribente probant. Et 1. quidem, si de consensu utriusque partis scriptae, vel subscriptae sint ea intentione, ut

plenam fidem inter se faciant, prout inter se convenire partes possunt; Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 20. *n.* 32. Konig *hic n.* 49. cum ceteris. Ratio est, quia quod scripturae privatae non probent, partium favore introductum est, cui proin renuntiare possunt 2. Si scripturam ejusmodi pro se producat scribentis, vel successoris ejusdem adversarius; nam cum eodem jure, quod quis in alterum statuit, etiam ipse uti debeat, producens hujusmodi scripturam etiam contra se illam agnoscere cogitur *auth. adhaec C. h. tit.* saltem quoad articulum connexum, non autem quoad separatos, praesertim, si qui scripturam produxit, protestatus est, quod eam tantum quoad articulos pro se facientes acceptarit; Everh. *de fid. instrum. cap.* 9. *n.* 176. 3. Si instrumentum tale longo tempore inter partes observatum, et in judicio pro tali agnitum, et productum sit. 4. Si agatur de parvo praejudicio, et de modica summa. 5. Si juramento sit confirmatum, 6. Si a parte receptum, et recognitum; quia tunc habet vim confessionis, et cum ejusmodi scriptura proceditur executive; Barb. *in cap.* 2. *h. tit. n.* 4. 7. Si accedant alia adminicula, v. g. quod is, qui scripsit, sit vir bonae opinionis, et famae, et solitus semper scribere veritatem; vel quod sit legalis, aut summa praeditus integritate; quod scriptura non contineat aliquid inconveniens, et incredibile etc. 8. Si in probationem illius adducantur testes etiam non inscripti, vel subscripti, qui deponant non tantum de scriptura, quod videlicet scripta, vel subscripta sit ab eo, qui dicitur eam scripsisse: sed etiam de tenore ejusdem, sive contentis in ea, sc. quod ita res revera se habeat, sicut in scriptura dicitur: quo casu ad plenam probationem sufficiunt duo testes integri; nam hi sufficerent etiam sine scriptura.

59

Dub. 2. quam fidem scriptura hujusmodi faciat contra scribentem? Resp. hic distinguendum, an hujusmodi scriptura causam debiti expressam habeat, vel non.

Si debiti causam expressam habeat, et a scribente sit recognita, etsi testium subscriptione, sigillo, aut alio adminiculo munita non sit, adversus scribentem regulariter loquendo vim plenam probandi habet. Patet ex *cap. si cautio* 14. *h. t. leg. cum de indeb.* 25. *§. fin. ff. de probat. leg. ne in arbitris* 4. *§. si igitur* 1. *C. de recept. arb. leg. generaliter* 13. *et leg. seq. C. de non n. pecun.* estque regulae instar receptum apud DD. qui hujusmodi scripturae quoad effectum istum vim publici instrumenti tribuunt, quod illa sit propria, et deliberata scribentis confessio, contra quam probatio non facile admittitur. *Neque obstat*, quod confessio extrajudicialis, absente adversario facta, vix semiplene, et si nulla exprimatur causa, vix aliquid probet juxta dicta *tit.* 18. *n.* 26. *et* 27. nam major vis est confessio-

nis, et assertionis scriptae, quam oretenus tantum prolatae; partim quia scriptura semper, ac proinde etiam in praesentia adversarii, si exhibeatur, loqui censetur: partim quod majori deliberatione, et cautela soleamus rem scribere, quam loqui; Abb. *in cap.* 2. *h. t.n.* 10. Imo, ut Engl. *hic n.* 26. notat, in quibusdam locis, et nominatim in Austria receptum est, ut chirographa privata, in quibus aliquis confitetur se accepisse mutuum, ita efficaciter probent contra scribentem, ut statim paratam habeant executionem, i. e. debitori, seu scribenti per judicem injungatur solutio, nec audiatur ante solutionem factam, quamvis velit alias exceptiones contra creditorem proponere.

60

Dixi autem, *si a scribente recognitae fuerint*, nam si is neget se scripsisse, scriptura talis nihil contra eundem probat, usque dum producens illam aliis adminiculis ostendat eam ab ipso scriptam: quod fieri triplici modo potest. 1. Per testes, qui ex voluntate partium subscripserunt, si recognoscant subscriptiones suas testificantes syngrapham, vel epistolam a partibus scriptam, vel subscriptam fuisse. 2. Per testes alios non subscriptos, qui deponant se vidisse illam scribi, et interfuisse illius confectioni: non tamen sufficit, si testentur, se notam habere manum scribentis, nisi alia concurrant adminicula, facile enim adulterari potest. 3. Si scriptura ejus, qui instrumentum scripsit, vel se ei subscripsit, cum ejusdem authoris confessis, vel approbatis, seu authenticis scripturis comparetur: in quem finem, si aliae scripturae non habeantur, cogi etiam potest author instrumenti, ut in judicio coram judice scribat. Jam si scriptura instrumenti producta cum hujusmodi scriptura similitudinem habeat, semiplenam probationem facit, aliquando etiam plenam, si clarissime constet de similitudine litterarum. Oportet autem hac in re judicem esse valde cautum; nam periculosa valde probatio est comparatio litterarum, cum multi alterius manum dexterrime imitari norint. Hinc ad prudentiam judicis pertinebit judicare ex circumstantiis; quantum fidei tribui eidem debeat, et an alia, et quae adminicula praeterea assumi debeant.

61

Addidi *regulariter loquendo probare plene adversus scribentem.* Excipitur enim in causa mutui, et in causa dotis; nam in causa mutui chirographum, quo mutuatarius fatetur mutuam pecuniam sibi datam, et in causa dotis apocha, qua maritus asserit se dotem accepisse, nihil probat contra scribentem, sed si mutuatarius opponat exceptionem non numeratae pecuniae, et maritus exceptionem de non numerata dotis causa, et hoc intra biennium a die dati chirographi, vel apochae, omnes onus probandi numerationem pecuniae, vel dotis

causa factam esse transferunt in adversarium, uti constat ex *tot. tit. Cod. de non num. pecun. et tot. tit. de dot. caut. non numer. Ratio est*, quia sponsus saepe ob affectionem erga sponsam adducitur, ut confiteatur se dotem accepisse, antequam illam acceperit: item nonnunquam contingit, ut creditores apocham, seu quitantiam tradant debitori, antequam hic solutionem debiti fecerit. Unde si numerans pecuniam, vel dotem securus esse velit, ne adversus ipsum opponi possit exceptio non numeratae pecuniae, vel dotis, et sic adigatur ad bis numerandam, consultum est, ut cum numerationem facit, id faciat coram testibus, per quos, si moveatur ipsi lis de numeratione facta, illam probare valeat. Addi potest tertius casus, quando exceptionem non numeratae pecuniae opponit creditor debitori; nam etiam iste, si ante solutionem debiti scripsit apocham de recepto debito, et hanc debitori tradidit, potest de non numerata pecunia exceptionem facere. Hinc ex una parte creditor est melioris conditionis, quam debitor; ex alia vero deterioris: melioris est, quia debitor exceptionem non numeratae pecuniae solum potest opponere in causa mutui, et in causa dotis; creditor vero in causa debiti inde contracti. Deterioris vero conditionis est, quam debitor, quia debitori pro exceptione opponenda datur biennium, creditori vero solum triginta dies, ut statuitur *l. in contractibus* 14. *princ. et §. super ceteris* 2. *C. de non num. pecun.* Ratio diversitatis est, quia creditorem non urget tanta necessitas scribendi apocham ante solutionem receptam, cum apud judicem possit debitorem invitum cogere ad solvendum; quanta urget debitorem, qui mutuantem cogere non potest, ut ante chirographum datum pecuniam numeret.

62

Major difficultas est quoad alterum distinctionis *n.* 59. allatae membrum, an sc. *scriptura privata adversus scribentem probet, si causam debiti nullam expressam habet.* Ratio dubitandi est 1. quia non minus fatetur, qui sine causa fatetur se debere, quam qui cum causa. Sed erga illum, qui causa expressa fatetur se debere, competit actio: ergo etc. 2. Qui se debere fatetur causam supponit, siquidem jure civili sine causa deberi non potest, et in quolibet actu praesumuntur intercessisse substantialia omnia. 3. Creditor fatendo debitorem sibi non teneri, non tenetur causam liberationis exprimere; *l. tale pactum* 40. *princip. ff. de pact.* ergo etsi debitor non exprimat causam debendi, efficaciter obligatur. 4. Scriptura privata in dubio interpretari debet contra scribentem; ergo quoties scriptura privata causam expressam non habet, contra scribentem interpretatio fieri debet, ut sibi imputet, quod causam non expresserit. 5. Pactio nuda de jure canonico obligationem habet; *c. Antigonus* 1.

et c. qualiter 3. *de pact.* sed pactio nuda nihil aliud est, quam pactio non habens causam: ergo etiam cautio nuda de jure canonico actionem parit.

63

Verum his non obstantibus dicendum, scripturam privatam, si causam debiti expressam non habeat, scribenti, etiam recognoscenti illam, sed ex causa legitima neganti id, quod in ea continetur, regulariter non praejudicare, nisi is, qui in tali scriptura se fundat, causam debiti alia ratione probare possit. Ita gloss. *in cap. si cautio* 41. *V. si causam hoc tit.* Felin. *ibid. n.* 1. Henr. Canis. *n.* 1. Barbos. *n.* 1. et 2. Laym. *n.* 1. Gonz. *n.* 3. Consentiunt Everhard. *de fid. instr. cap.* 9. *n.* 14. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. 515. Vallens *hic* §. 2. *n.* 6. Pirh. *n.* 26. Engl *n.* 26. Konig *n.* 47. Vviest. *n.* 53. et sumitur ex *cap. si cautio cit. et l. cum de indebito* 25. §. *fin. ff. de probat.* Rationem dant plerique, quia scriptura sine expressione causae censetur facta per errorem, ac proinde in ea praesumitur decsse consensus, qui fundamentum est obligationis ex promissione ortae. Verum quia in dubio, cum non apparet, nec probatur, error non praesumitur, praesertim in facto proprio, aliam, et juris principiis magis consonam rationem dat Donell. *in l. generaliter* 13. *C. de non num. pecun. n.* 5. quia omne debitum, seu obligatio dandi aliquid, vel faciendi, et hanc respiciens jus petendi, atque actio non nisi ex causa, seu titulo aliquo oritur §. *fin. Inst. de obligat.* igitur quando causa chirographo expressa non est, et aliunde probari non potest, chirographum pro inutili a jure habetur.

64

Dixi autem *regulariter;* nam plures sunt casus, in quibus scriptura privata a scribente recognita, etiam causa non expressa, plene probat adversus scribentem. Hujusmodi sunt 1. si promissio per scripturam facta sit ecclesiae, vel alio pio loco; quia videtur se obligasse favore causae piae, et religionis, quae cum per se sufficiens causa sit, alterius causae expressione opus non habet; *cap. fin. de success. ab intest.* Abb. *in cap.* 14. *citat. n.* 2. 2. Si dives promittat pauperi, vel bene merito; quia tunc praesumitur donatum ad sublevandam paupertatem, et remunerationem meritorum; Pirh. *n.* 28. 3. Si creditor in apocha scribat liberationem debitoris; quia jura proniora sunt ad liberandum; quam ad obligandum. Barbos. *in cap.* 14. *cit. n.* 2. 4. Siquis confiteatur rem suam non esse; quia censetur eam habere pro derelicta, et res fit alterius, sc. accipientis; Felin. *in cap. cit. n.* 8. 5. Si confessio debiti fiat in ultima voluntate, nam haec etsi debitum non probet, vim tamen legati habet, si hoc verba admittant; *l. Lucius* 88. §. *quisquis* 10. *ff. de legat.* 2.

6 Si sit geminata, seu repetita; quia ex repetitione causa subesse praesumitur; Felin. *n.* 14. 7. Si conditio promissioni sit addita; nam conditio succedit loco causae; Felin *n.* 16. 8. Si juramentum accedat cautioni; quia juramentum semper servandum est, ubi sine dispendio salutis aeternae potest. Excipe, nisi juramentum solum additum fuerit in confirmationem cautionis; tunc enim sicut cautio, non expressa causa, ita nec juramentum illi adjectum efficax est;. Gonzal. *in cap. cit. n.* 9.

65

Sic limitatam responsionem non admodum urgent argumenta opposita. *Ad* 1. ex ratione pro responso data constat, confessionem sine causa factam esse inutilem, et ideo a jure reputari nullam. Igitur actionem non potest parere. *Ad* 2. ex eadem ratione constat, quod ut cautio dicatur valida, requiratur specifica expressio causae; nam actor debet posse dicere, ex qua causa debeatur. Igitur non sufficit causam praesumi. *Ad* 3. negatur paritas; nam ut *num. praeced.* dictum est, proniora sunt jura ad liberandum, quam ad obligandum. *Ad* 4. Interpretatio scripturae privatae facienda est secundum jura; dictum est autem, cautionem non expressa causa secundum jura pro invalida haberi. Igitur jam non erit locus interpretandi illam contra scribentem. *Ad* 5. etiam pacta nuda, ut *libr.* 1. *tit.* 35. *n.* 7. dictum est, actionem non pariunt; et esto, quod illam pariant, disparitas est; quia in nostro casu agitur de obligatione non producenda, sed probanda, quae secundum jura ex tali scriptura, si causam obligationis expressam non habeat, non probatur.

66

Dub. 3. quantum scriptura privata, publico sigillo, aut alio adminiculo non munita, probet pro alio tertio, vel contra alium tertium? Resp. nisi hic defunctum repraesentet, ut est haeres scribentis, probandi vim regulariter talis scriptura nec contra, nec pro illo habet, nisi ab illo tertio esset mandata, vel subscripta, et hoc probatur *c. scripta* 2. *hoc tit. l. instrumenta* 5. *C. de probat.* Everhard. *cap.* 9. *n.* 177. Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 524. *hic n.* 59. Ratio est, quia ejusmodi scriptura aliud non est, quam testimonium unius hominis non jurati, et extra judicium deponentis, cui non creditur, ut dictum est *tit.* 20. *n.* 69.

Dixi 1. *nisi hic defunctum repraesentet;* nam contra haeredem scribentis talis scriptura probandi vim habet; quia iste eadem persona censetur cum defuncto; Vviest. *hic n.* 60.

Dixi 2. *contra alium regulariter non probare*; nam plures excipi casus debent, quibus ejusmodi scriptura etiam contra tertium probat. Et 1. quidem, si, quod ea stare velint, inter producentem,

et tertium, contra quem producitur, ita convenit, 2. Si producatur ad probandum factum antiquum, pro quo aliae probationes non dantur. 3. si ejus, contra quem producitur, mandato esse conscriptam constet. 4. si ejusdem sigillo, aut subscriptione munita sit. 5. si, qui scripturam confecit, in judicio cum juramento deponat verum esse, quod ibi scriptum est, tunc enim probat semiplene, sed tantum vi testimonii, non autem vi scripturae, quia haec sine aliis adminiculis ne semiplenam quidem probationem facit, et hoc ideo, quia si faceret, facillimum foret in praejudicium tertii semiplenam probationem facere.

67

Quaeritur 2. quantum probent libri privati? Tales sunt 1. libri mercatorum, in quibus res ad sua commercia pertinentes conscribunt, datum, et acceptum, conventiones, et solutiones annotant. 2. libri censuales dominorum. *Erb-oder Zinss-Register,* quibus annotantur privatorum census, et quaecunque servitia sibi vel aliis debita. 3. registra, seu inventaria privata, in quibus v. g. tutor describit res sui pupilli, socius merces nomine societatis emptas; item huc spectant rationes, registra, annotationes a privato patrefam. de acceptis suis, et expensis conscriptae; et alia hujusmodi.

Dub. 1. quantam fidem faciant libri mercatorum? Resp. Contra scribentem fidem faciunt, ut aliae privatae scripturae; pro scribente, spectato juris rigore, non probant, etiam semiplene, nisi alia concurrant, adminicula; de aequitate tamen, item de consuetudine semiplenam probationem faciunt; imo in foro mercatorum etiam plenam.

Dixi 1. *fidem facere contra scribentem*; est enim propria confessio, quae optima est probatio, imo fortior, quam sit ex instrumento publico; nam notarius utique facilius corrumpi potest, quam ut aliquis fateatur contra seipsum, se scripsisse in suum praejudicium, quod non scripsit; igitur modò mercator recognoscat rationes suas, et fateatur a se, vel suo nomine scriptas, illae contra eundem probant, nisi probet errorem.

68

Dixi 2. *non probare pro scribente*, *spectato rigore juris*. Ita Bartol. *in l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. n.* 24. *et* 25. Abb. *in cap.* 2. *hoc tit. n.* 9. Pax Jord. *tit.* 20. *n.* 57. Zoes. *hic n.* 10. Engl. *n.* 33. Konig. *n.* 52. Vviest. *n.* 46. et colligitur ex *l. rationes* 6. *et l. exemplo* 7. *C. de probat.* in quibus universim declaratur non esse idoneam probationem, quam aliquis ex suis rationibus, et annotationibus pro se adducit. Ratio est, quia sunt scripturae privatae: cons. per se nullam authoritatem habent, sed tota vis,

et efficacia eorum consistit in confessione, et assertione scribentis; sicut ergo vivae voci mercatoris non crederetur, nec semiplena quidem fides haberetur in praejudicium tertii, ita nec scripturae illius credi debet. *Neque obstat* textus *l. quaedam* 9. *nummularius* 2. *ff. de edend.* ubi videtur dici quod rationes nummulariorum, et argentariorum pro ipsis sufficienter probent; nam nummularii olim publica authoritate constituebantur, ut pecunias hominum ad depositum, usuras, et permutationem reciperent, insuper in susceptione officii sui juramentum praestabant, adeoque notariorum fere potestatem obtinebant: quae omnia in mercatoribus deficiunt; igitur mirum non est, quod olim plus nummulariis, et argentariis, quam nunc mercatoribus, et eorum rationibus tribuatur.

69

Dixi 3. *de aequitate, item de consuetudine semiplenam probationem facere.* Ita Bartol. *in l. admonendi cit. n.* 26. *et seq.* Abb. *in cap.* 2. *h. tit. n.* 9. *et* 10. Gaill. *lib.* 2. *obs.* 20. *n.* 2. Hiltrop. *part.* 3. *tit.* 15. *n.* 7. Pax Jordan. *tit.* 20. *cit. n.* 109. *et seq.* Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 508. Zoes. *hic n.* 10. Pirh. *n.* 34. Engl. *n.* 34. Konig *n.* 52. Vviest. *n.* 47. et novissime P. Schmier *process. judic. cap.* 10. *n.* 95. aliique ab hoc *cit.* nec immerito; nam aequitas rigori juris praefertur; *l. placuit* 8. *C. de judic.* et consuetudo optima legum interpres est; *l. si de interpretatione* 37. *ff. de legib.* debent tamen, ut vim probandi hujusmodi libri mercatorum habeant, praeterea haec concurrere. 1. ut mercator rationes suas producens sit alias integrae opinionis, et famae 2. ut rationes propria manu scripserit, vel subscripserit. 3. ut diligenter eas scripserit, addita videlicet causa debiti, tempore, quo contractum est, die etc. 4. ut in hujusmodi libris non tantum, quid sibi debeatur, sed etiam, quid ipse debeat, scripserit. 5. ut producat hujusmodi libros, et rationes ad probandum debitum ex causa ad materiam commerciorum spectante; nam si scriberet in libris suis domum Titii ad se pertinere, fides ei non foret adhibenda. His conditionibus instructae mercatorum rationes faciunt saltem semiplenam fidem pro scribente, et hoc ex consuetudine, et aequitate; cum enim ipsi quibusvis mercium suarum emptoribus sine chirographo fidem habere soleant, aequum est ex adverso plus fidei etiam libris illorum tribui.

70

Dixi 4. *in foro mercatorum facere probationem etiam plenam,* nam in foro mercatorum non judicatur secundum apices juris, sed ex aequo, et bono, et semiplenae probationes pro sufficientibus recipiuntur, ut docent Gaill. *l.* 2. *obs.* 20. *n.* 4. Everhard. *de fid. instrum. cap.* 7. *n.* 10. Hiltrop. *part.* 3. *tit.* 15. *n.* 12. Zaf. *cons.* 15.

n. 53. *vol*. 1. Haun. *tom*. 5. *tr*. 4. *n*. 510. Pirh. *hic n*. 34. Vviest. *n*. 48. *Neque obstat*, quod tantam fidem non faciant rationes, et scripturae aliae privatae; nam liber mercatorum videtur fide majori dignus, quam alia quaevis privata scriptura, ex communi persuasione hominum, et longa experientia, quod mercatores non soleant fraudolenter exigere debitum. Quam praesumptionem tamen ut libri illorum habeant, juxta Everhard. *loc. cit.* quatuor haec requiruntur, 1. ut sint secundum arbitrium peritorum mercatorum regulati. 2. ut eos scribentes sint bonae conditionis, et famae. 3. ut adversarius nihil contra ejusmodi libros probet. 4. ut ipse mercator scripturam suam juramento confirmet.

71

Dub. 2. quantam fidem faciant registra, annotationes, et rationes a privato patref. de acceptis suis, et expensis conscriptae? Resp. Plene probant contra scribentem, sed non pro illo, nisi aliis adminiculis juventur. Ita Abb. *in cap.* 2. *hoc tit. n.* 9. Imol. *ibid. n.* 16. Felin. *n.* 21. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 15. *n.* 6. Pax Jordan. *l.* 14. 20. *n.* 51. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 556. *et seq.* Pirh. *hic n.* 34. Konig. *n.* 53. et statuitur *l. rationes* 6. *et l. seq. C. de probat.* et merito, ne fraudibus, et fallaciis praebeatur occasio; facile enim homines in his privatis annotationibus alios sibi obligatos scriberent, si viderent se scripturis istis facere probationem posse.

Proceditque hoc, ut nec fiscus, nec alius quilibet, cons. nec nobilis, nec illustris persona ex suis privatis subnotationibus probationem debiti possit desumere, ut expresse statuitur *l. exemplo* 7. *C. de probat.* est enim testificatio propria, cui credi non debet, nisi adminiculata. *Extenditur* etiam ad rationes defuncti; nam nec istae per se solas plene pro scribente, vel hujus haerede probant, ut valide ex iis debitum possit exigi, ut patet ex *l. rationes cit.* et notat Hiltrop. *loc. cit. n.* 7. qui tamen addit eas propter praesumptionem defuncti, probare semiplene: hinc docet, si per unum testem debitum, quod in rationibus reperitur, probari possit, aut si haeres juramento affirmare paratus sit rationes veras esse, eo casu probaturus ejusmodi rationes defuncti etiam plene; conjunguntur enim duae probationes semiplenae. Hiltropio consentit Haun. *tract.* 4. *cit. num.* 570.

72

Dixi autem 1. *ejusmodi rationes nihil probare pro scribente, si aliis adminiculis non juventur*, nam si alia adminicula accedant, ut quaevis alia scriptura, ita etiam haec pro scribente probat. Tale adminiculum est, si articuli aliqui sint connexi, ita ut unus veniat ad determinationem alterius; tunc enim si adversarius appro-

bavit unum articulum pro se, censetur etiam approbare alterum contra se; Haun. *n.* 559. Neque obstat, quod nemo possit testificari pro se; nam scribens, dum ei creditur in articulis connexis, non testificatur pro se proprie, sed tantum testificatur contra se limitate, seu cum restrictione, c. g. si dicat se emisse, et statim solvisse pretium: quo casu si scribenti creditur de emptione propter scripturam suam, propter eam credendum eidem erit de solutione pretii, quia aequum non est, ut scriptura accipiatur pro alia emptione, quam de qua scribens confessus est.

73

Dixi 2. *plene probare contra scribentem*; est enim vera confessio scribentis, qui praesumitur nihil in suum praejudicium vel errore, vel fraude scripsisse, vel indeliberate, sed potius considerate, et ex conscientia: idem est, si scriptus sit liber ab alio, per quem dominus libri solitus est procurare annotationem in tali libro; nam contra dominum probat, nisi hic contrarium manifeste ostendat. Aliud dicendum de scheda separata a codice; nam haec ex communi DD. teste Haun. *n.* 557. probat solum semiplene instar confessionis extrajudicialis non repetitae. Rationem dant, quia non censetur scripta cum plena deliberatione, seu animo ita attento, et praemeditato, ut ab omni errore censeatur fuisse immunis: proinde ut hujusmodi scheda plene probet, aliis adminiculis opus est.

74

Dub. 3. quid probet liber rationum a sociis, vel uno sociorum a ceteris ad hoc approbato scriptus? Resp. Si debito modo, h. e. juxta formam inter ipsos receptam et probatam conscriptus sit, et verisimilia contineat, inter socios plene probat, etiam pro scribente, saltem accedente juramento. Ita Jason. *in l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. n.* 125. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. 572. Engl. *hic. n.* 30. Konig *n.* 51. Sannig. *cap.* 3. *n.* 5. Vviest. *n.* 65. et sic non tam jure decisum, quam usu practico receptum est, eo quod moraliter loquendo pro singulis, et tam variis punctis aliae probationes haberi nequeant. Accedit, quia ad recognoscendum, et ratum habendum talem librum socii se tacite videntur obligasse; alioquin nemo illorum facile in se reciperet onus conficiendi, et conscribendi hujusmodi librum, si, quae scriberet, praecise contra scribentem, non autem pro illo servire possent.

75

Idem dicendum videtur de libro rationum, quem conscripsit is, qui ex officio alicujus bona administrat; nam hujusmodi liber, ut Everhard. *de fid. instrum. cap.* 11. *num.* 27. Haun. *tract.* 4. *citat. num.* 567. Vviest. *hic num.* 65. et alii apud istos advertunt, plene

probat pro scribente respectu illius, a quo constitutus est, si tamen sequentia observata sint, 1. ut scripta sint verisimilia, et convenientia tali officio, ut si tutor scribat, quantum expenderit pro pupilli vestibus, libris etc. 2. ut scribens non sit aliunde suspectus, sed honestus, et bonae famae. 3. ut juramento a se scripta confirmet. 4. ut ea, quae probantur per librum rationum, talia sint, quae non soleant scribi cum adhibitione testium, ut sunt quotidiana debita, et expensae. 5. ut liber conscriptus contineat acceptum, et expensum, et utriusque causas, ac circumstantias. 6. ut in eo non commisceantur alia negotia, ad tale officium non spectantia.

76

Quaeritur 3. quid, et quantum probent litterae, seu epistolae? Resp. Harum multae sunt species. Nam 1. sunt litterae formatae, dimissoriae, commendatitiae. 2. Litterae cambii. 3. Litterae missivae. Quantum *primis* tribuendum sit, constat ex *libr.* 1. *tit.* 22. *Litterae cambii*, si materia hoc patiatur, et loquantur dispositive, non tantum probationem, sed etiam obligationem inducunt; Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 20. *num.* 142. licet enim per epistolam obligatio non contrahatur, sed inducta tantum probetur, si tamen subjecta materia patiatur, obligationem inducere certum est. Imo, ut teste Jordan. *loc. citat. num.* 143. resolvit Rota romana, litterae cambii acceptatae habent vim instrumenti, sententiae, et rei judicatae. Proceditque hoc, ut ejusmodi litterae fidem faciant, et probationem etiam contra tertium. In *litteris missivis* privatarum personarum duplex vis distinguenda est, pro scribente, et contra scribentem.

77

Contra scribentem, si ab hoc sint recognitae, plene probant. Ita Menoch. *de arbitr. casu* 94. *num.* 9. Everhard. *de fid. instrum. cap.* 10. *num.* 2. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 20. *num.* 166. Hann. *tom.* 5. *tract.* 4. *num.* 536. Barbosa *in c* 2. *hoc tit. num.* 8. Pirh. *hic num.* 35. Konig. *n.* 50. Sannig. *cap.* 3. *num.* 6. et Jordano teste ceteri omnes. *Ratio est*, quia per recognitionem scriptura evadit confessio illius, quod scriptum est; confessio autem est apta probatio contra confessum. *Neque obstat*, etsi confessio ista solum extrajudicialis sit; nam etiam haec, si facta sit praesente parte, et causa expressa, vim plene probandi adversus confessum habet, ut dictum est *tit.* 18. *num.* 25. atqui talis epistola, ex quo ad partem destinatur, ut cum ea loquatur, in praesentia partis fieri censetur, ut bene notat Everhard. *loc. cit.* ergo etc.

78

Proceditque hoc 1. etsi scribens epistolam jam sit mortuus; nam probat adhuc contra haeredem ejusdem, modo hic fateatur eam

esse a defuncto descriptam; Haun. *num.* 543. *Procedit* 2. etsi scripta sit sine testibus, die, et anno, ut notat Menoch. *num.* 11. et colligitur ex *l. cum tabernam* 34. §. *idem quaesivit* 1. *ff. de pign. et hypoth. Procedit* 3. etsi nec locus appositus esset; praesumitur enim scripsisse in loco domicilii, si aliud non expressit. Accedit, quia omissio loci non minuit vim confessionis, et recognitionis; Menoch. *num.* 12. *Procedit* 4. etsi neque nomen scribentis subscriptum sit, si constet, quod ex oblivione omissum sit; nam si non constet de hoc, praesumitur epistola non fuisse absoluta, sed imperfecta relicta, omisso sc. quod de stylo communi solet apponi, tanquam complementum epistolae. Si nomen subscriptum sit sine cognomine, dubium solvere debet consuetudo scribentis; nam si consuevit ita scribere, ut fit, cum filius scribit patri, pater filio, epistola etiam sine cognomine probat; secus censeri debet imperfecta, et nisi ex aliis circumstantiis constet, per oblivionem omissum esse cognomen, non probat. *Procedit* 5. etiamsi talis epistola se referat ad librum rationum, in quo tamen nihil de hujusmodi obligatione reperitur, si tamen summa certa expressa sit, e. g. si scriptum sit, *debeo tibi* 100. *prout in libro rationum habetur*; Haun. *n.* 540. quia talis relatio ad librum rationum videtur ex ignorantia adjecta, et non animo adstringendi, et alligandi confessionem, sed potius animo illam roborandi, et confirmandi. Aliud foret, si summa debiti in epistola non fuisset determinate expressa, sed scriptum esset, *fateor me tibi debere, quod in libro rationum signatum est*; tunc enim confessio illa est tacite conditionata, sc. *siquid ibi scriptum sit*; igitur si nihil ibi scriptum sit, non probat debitum.

79

Pro scribente tum probat epistola missiva, quando ab eo, ad quem scripta est, acceptata est. *Casus est*; si Titius per epistolam Cajum moneat de debito, is vero epistolam accipiat, et postquam legit, non statim contradicat, cum posset; potest ex post facto Titius ex hac sua epistola probare debitum contra Cajum; quia qui simpliciter acceptat epistolam, nec contradicit, aut remittit scribenti; censetur fateri, et approbare omnia, quae in illa continentur; Jason. *in l. admonendi cit. n.* 142. Everhard. *de fid. instrum. cap.* 10. *n.* 44. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 550. Engl. *hic n.* 31. Konig. *n.* 60. Addit Everhard. *loc. cit. n.* 45. cum Haunoldo utilem cautelam pro scribente epistolam; ajunt enim, cum periculum sit, ne epistolam recipiens eam supprimat, propterea consultum esse, ut prius scribens epistolam illam coram testibus legat, deinde faciat per eosdem testes exhiberi alteri, ad quem destinatur; nam si successu temporis hic vellet epistolam sibi traditam supprimere,

convinci per testes posset. Quando autem ab accipiente epistolam, et non contradicente praesumatur consensus, universaliter dici non potest. Haun. *n.* 53. hanc tradit regulam, id videlicet praesumi, quod in similibus communiter, et attento consueto modo agendi hominum in talibus circumstantiis fieri solet.

80

Dixi autem *si ab eo, ad quem scripta est, acceptata sit*; nam si acceptata non sit, sed remissa, contra eum, ad quem scripta est, nihil probat: et ratio est, quia totam vim probandi habet ex confessione debiti, vel obligationis, quae ex acceptatione, et non contradictione praesumitur, haec confessio praesumi ante acceptationem non potest. Id multo magis verum est, si litterae nondum sint praesentatae. Imo si non praesentata sit epistola ei, cui mittitur, neque contra scribentem probat; quia antecedenter ad acceptationem, et consensum ejus, cui scribitur, mittentem non obligat. Intellige, in contractibus, qui requirunt consensum alterius, ut dicantur completi; nam si epistola solum factum aliquod referat, aut obligationem non contrahendam, sed jam contractam, sufficit recognitio epistolae, ad quam citari pars, seu scribens debet a judice: si non compareat citata, scriptura habetur pro recognita, si tamen hoc expressum fuit in citatione: quod etiam de aliis instrumentis privatis dicendum est.

§. III.

De instrumentorum productione, amissione, renovatione, et interpretatione.

SUMMARIUM

81

Quaeritur 1. quando instrumenta produci debeant? Resp. post litem contestatam, usque ad conclusionem in causa; post conclusionem in causa partes ad producenda instrumenta regulariter non admittuntur. Sumitur ex *cap. cum dilectus* 9. *hoc tit.* et docet Bald. *in l. ampliorem* 39. *cod. de appell. num.* 5. Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de instrum. product. num.* 26. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 10. §. *de instrum. product. num.* 1. Vvesembec. *ff. hoc tit. num.* 5. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 20. *num.* 348. Vivian. *in cap.* 9. *cit. in ration.* Barbos. *ibid. num.* 1. Gonzal. *n.* 4. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 1. Pirh. *n.* 40. Engl. *n.* 35. Konig. *n.* 33. Sanning. *cap.* 4. *n.* 1. Vviest. *n.* 70.

Dixi 1. *post litem contestatam*; nam ante contestationem litis regulariter, et ordinarie produci non possunt; quod ita verum est, ut siquis ante litem contestatam instrumenta produceret, illa postea non probarent, nisi reproducantur lite contestata. Ratio est, quia ante contestationem litis nulla est lis, aut probatio.

Dixi 2. *usque ad conclusionem in causa*, nisi tamen certus terminus, seu tempus, intra quod instrumenta omnia producenda sint, fuerit constitutum: quod ex justa causa a judice fieri posse censet Durand. *specul. tit. de instrum. edit.* §. 5. *n.* 1. Proceditque hoc, etiamsi publicatio testium jam facta sit. Hinc disparitas est inter probationem ex instrumentis, et probationem ex testibus; publicatis enim attestationibus non possunt produci novi testes, ut *tit.* 20. *a n.* 122.

ostensum est, possunt tamen post eam produci instrumenta; quia in his cessat periculum subornationis, quod subest in productione testium. *Extenditur*, ut si ita necessarium sit ad probationem instrumenti producti, non obstante facta aliorum testium publicatione, notarius, et testes, pro instrumento deponentes, adhuc produci, et examinari possint; nam accessorium sequitur principale; igitur cum liceat instrumentum post publicationem testium producere, licebit etiam probare.

Dixi 3. *post conclusionem in causa regulariter partes non admittendas ad producenda instrumenta*; nam conclusio in causa est terminus exclusivus omnium probationum, cum facta conclusione, jam liquere dicatur de causa; gloss. *in cap. significaverunt* 36. *V. liquere de testib.* Durand. *loc. cit. princ.* Wiest. *hic n.* 72. Addidi autem *regulariter*; nam plures sunt casus, quibus post conclusionem in causa instrumenta produci possunt: quos *tit.* 27. *infra* commodius referam.

82

Quaeritur 2. an pars parti edere instrumenta sua teneatur, item quoties, et cujus sumptibus? Resp. *ad* 1. Patet ex *tit.* 19. *a n.* 41. ubi dixi, etsi actor teneatur edere instrumenta sua reo, non tamen reum actori, nisi in casibus ibi exceptis. Inter hos primum posui, si instrumenta non sint propria reo, sed communia utrique parti: quo casu litigans potest a judice petere, ut is adversarium ad istud cogat, qui si officium suum non faciat, et non curet ea edi, licet ab eo appellari, et appellationis hujus ea vis est, ut quidquid post eam attentatum fuerit, non valeat, prout statuitur *cap. G. perpetuus* 12. *hoc tit.* et notant *ibid.* Vivian. *in ration.* Barbosa *n.* 1. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 11. §. *de edit. actor. n.* 3. Pirh. *hic n.* 45. Ratio est, quia tunc judex denegando parti petenti sibi edi instrumenta communia, eam gravat, ideoque ab hoc gravamine licet eidem appellare, cum ipsius intersit habere instrumenta communia, per quae probare possit suam intentionem principalem. Idem dicendum est de protocollo; nam hoc ad petitionem partis exhibendum est ab eo, qui illud habet. Neque creditur notario, si dicat se amisisse, etiam juranti, nisi hoc probet, aut aliae praesumptiones concurrant.

83

Ad 2. productio haec instrumentorum tantum semel peti potest, nisi iterum producendi causa justa fuerit; *l. siquis* 6. §. *fin. ff. de edend.* quo casu juramentum praestare debet is, qui illud petit iterum exhiberi, quod existimet se falsum posse redarguere, quod probatum est; *l. cum quidam* 21. *C. hoc tit.*

Ad 3. productio instrumenti fieri debet sumptibus producentis; *l. praetor ait* 4. §. *fin. ff. de edend.* Fagnan. *in c.* 12. *cit. n.* 13. Pirh. *hic n.* 43. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 602. Hinc si actor alleget instrumenta existentia in loco distante, vel in aliquo archivio, unde non facile permittuntur extrahi, aut transumptum fieri, eo casu sumptibus actoris, fundantis intentionem suam in his instrumentis, destinari a judice possunt personae idoneae, quae videant originale, et de ejus substantia fideliter, et tanquam jurati testes referant judici, nisi pars adversa ipsamet malit accedere illum locum, et recognoscere, seu videre, an revera extent hujusmodi instrumenta, qualia extare contra ipsum actor contendit.

84

Quaeritur. 3. an totum instrumentum edi, vel tantum in ea parte edi debeat, circa quam lis versatur? *Ratio dubitandi ex una parte* sumitur ex *cap. contigit* 5. *hoc tit. et l. argentarius* 10. §. *edi* 2. *ff. de edend.* ubi cavetur non esse integre parti edendum, sed solum in capitulo, de quo quaestio est, ne pars adversa ex aliis forte nova litigia suscitet. *Ex altera vero parte* Bonifacius VIII. *cap. cum personae* 7. *de privil. in* 6. statuit, ut ii, qui privilegio apostolicae sedis a locorum ordinariis exemptos se asserunt, requisiti teneantur privilegia hujusmodi ostendere ipsis ordinariis, et ad legendum integraliter exhibere.

Difficultate istius textus oppressi Innoc. Felin. Butrio ad *cap.* 5. *cit.* putarunt istius constitutionem per posteriorem Bonifacii decisionem correctam esse. Sed quia correctio jurium, quantum fieri potest, vitari debet, hinc melius difficultas haec solvitur via distinctionis, videlicet dicendum, instrumentum, privilegium, indulgentiam etc. quam pars allegat, totum tradendum judici, ut id coram eo, et parte adversa legatur; si tamen plura habeat capitula, sufficere, si parti edatur solum illud capitulum, de quo est quaestio. Ita Abb. *in cap.* 5. *cit. not.* 1. Barthol. *in l. argentarius cit.* §. *educit.* Gaill. *l.* 1. *obs.* 106. *n.* 10. Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 11. §. *de form. edit. instrum. n.* 2. *et seqq.* Pax Jordan. *l.* 14. *tit. n.* 20. *n.* 367. Vallens. *hic* §. 4. *n.* 2. Pirh. *n.* 47. *et seqq.* Vviest. *hic n.* 74.

85

Dixi 1. *Judici tradendum totum instrumentum etc.* quidem in originali, si judex sic petat; ad quod etiam officio judicis instrumentum producens cogi potest; et hoc probat *cap. personae cit.* Ratio est, quia judicis est cognoscere, an instrumentum sit authenticum, vel legitimum, et an revera articulus, ut pars allegat, in eo contineatur: quod difficulter cognoscet, nisi toto instrumenti tenore inspecto, et intellecto.

Dixi 2. *Sufficere, si parti edatur capitulum, de quo est quaestio*; et hoc probat *cap. contingit cit.* Ratio est, quia non debet dari ansa, seu occasio litibus, quam facile arripere pars adversa posset, si instrumentum parti ederetur totum. Accedit, quia si instrumentum totum ederetur parti, et quidem in originali, sicut editur judici, facile contingere posset, ut illud interiret, vel amitteretur. *Extenditur* hoc etiam ad testamentum; nam nec istud integre edendum est legatario, sed ejus tantum partis, quae ad eum pertinet, et legatum continet, copia ipsi tradenda est, cum plus habere non debeat; Barbosa *in c. 5. cit. n.* 2. Debet tamen copia dari parti ex illo capitulo instrumenti, de quo est quaestio; quia universaliter tam actor, quam reus edere instrumenta debet, quibus usurus est in judicio; *l. qua quisque* 1. §. *edere* 1. *de edend.*

86

Dixi 3. *totum instrumentum coram judice, et parte adversa recitandum*; quod ideo fit, ut, quemadmodum dixi, totus instrumenti tenor percipiatur. Neque in recitatione tantum periculum est, ut suscitentur novae lites, sicut si totum instrumentum communicaretur parti, vel ejus totius copia; nam ex sola praelectione non tam plena hauritur notitia, quanta si instrumentum ipsum, vel ejus totius copia traderetur parti, cujus contenta pluribus diebus, et noctibus volvere possent advocati, et inde ansam litigandi assumere.

Dixi 4. *Si plura habeat capitula*, intellige, quae non sint connexa; nam si quod connexum sit cum eo, de quo est quaestio, etiam illud edi debet. Hinc si ex lectione privilegii, vel instrumenti appareat capitula esse connexa, ita ut unum sine alio non possit bene intelligi, judex praecipere potest, ut totum privilegium, vel instrumentum edatur, sive ejus copia tradatur non tantum judici, sed etiam parti adversae, ut recte monet Laym. *in cap. 5. cit. n. 4. in fin.* tunc enim totum instrumentum ad discussionem controversiae venit.

87

Quaeritur 4. quid ultra productionem instrumenti, vel scripturae propriae contra aliquem requiratur, ut contra eundem probet? Resp. Aequum est, ut is, cujus scriptura, aut sigillum producitur ad aliquid probandum, habeat facultatem inspiciendi, et recognoscendi, an sua sit scriptura, vel sigillum.

Ut legitima sit recognitio, debet 1. fieri coram judice, nisi recogniturus haberet causas relevantes, ut recognitio haec domi suae fiat, quales sunt matronae honestae, valetudinarii, personae egregiae, quae non solent in judiciis in persona propria comparere, ut dictum est *tit. praeced. n.* 8. *et duob. seqq.*

2. Recognoscens debet esse praeditus usu rationis; unde recognitio ab ebrio facta eidem nec nocet, nec prodest, nisi eam confirmet deinde ebrius.

88

3. Debet esse, qui scripsit, vel qui sigillum suum appressit, aut si ab alio appressum est, is, cujus nomine appressum est; nam hujus causa agitur. Si tamen hic vel non posset, vel per contumaciam non vellet comparere ad recognoscendum, possunt ad hoc admitti personae conjunctae, si tamen aliis adminiculis adjuventur, prout in camera observatum testatur Rolandus: item subditi loco domini, si tamen juramento fidelitatis, et subjectionis prius soluti sint, prout in camera pronuntiatum testatur Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 598. Et denique procurator pro suo principali, si tamen ad hoc speciale mandatum habeat. Si procurator neget esse manum domini sui, vel ejus sigillum, debet exigi ab ipso domino recognitio, qui si neget etiam ipse, alterius partis est probare, ut dictum est *supra n.* 60.

Porro hac recognitione solum opus est in instrumentis privatis; nam in publicis sufficit, si judex ea agnoverit, etsi pars adversa reclamet, nisi consuetudo contrarium habeat, sicut in terris Saxoniae habere testatur Berlichius.

89

Quaeritur 5. num audiendus sit actor, qui fundat intentionem suam super instrumento, quod quidem dicit se amisisse, adducit tamen testes, qui attestantur super instrumenti tenore? Resp. distinguendum esse inter testes: vel enim testes, qui ab actore hoc producuntur, tales sunt, ut non tantum deponant super instrumenti tenore, sed etiam de ipso facto, et contractu coram se gesto, vel tantum asserunt se tenorem instrumenti legisse, eumque talem esse, qualem actor affirmat.

Si primum, non est dubium hos testes perinde probare, acsi instrumentum ipsum exhiberetur; quia duobus testibus omni exceptione majoribus, qui de sensu proprio attestantur, peraeque creditur, ac instrumento. Idque multo magis verum est, si una cum testibus notarius ipse, qui instrumentum confecit, de eodem deponat, nam probatio instrumenti non in charta, et membrana consistit, sed in fide notarii, et testium.

90

Si secundum, necesse est 1. ut probetur amissio, saltem per juramentum amittentis, si aliae probationes deficiant 2. Ut amittens usurus instrumento amisso producat duos saltem testes omni exceptione majores, qui deponant super tenore instrumenti, et simul attestentur illud sine vitio, aut suspicione falsitatis fuisse; quae si con-

currant, satis probatus censeri debet esse tenor instrumenti amissi, ut cum aliis advertit Mascard. *de probat. concl.* 909. cons. etiam intentio actoris, fundantis se in tali instrumento, satis probata censebitur.

Bene autem notat Engl *hic n.* 53. probationem hanc non fore tantam, acsi productum fuisset ipsum instrumentum; nam aliud est dicere *ita fuit instrumentum*, et aliud, *ita contigit, ut scriptum est.* Accedit, quia de integritate instrumenti judicare ad solum judicem pertinet; et hinc exempla transumpta etiam a notario, si transumptio sine authoritate judicis facta sit, secundum dicta *n.* 32. non plene probant. Hoc tamen negari non potest, quod ejusmodi probatio faciat vehementem praesumptionem, quae vim saltem semiplenae probationis habeat, sic locum det juramento suppletorio.

91

Quaeritur 6. quid universim juris sit, quando amissum est instrumentum? Resp. triplici modo amissio instrumenti potest contingere, sc. casu fortuito, facto proprio, et facto adversarii.

Si casu fortuito amissum sit instrumentum, amissio non praejudicat creditori, quin adhuc petere debitum, illudque aliis legitimis modis probare possit; *l. debitores* 1. *C. h. t.* quia instrumentum tantum est loco probationis, quae suppleri potest. *Excipe,* nisi instrumentum, seu scriptura sit de essentia contractus, vel quia ,ita conventum est inter partes, ut contractus in scriptis celebretur, vel quia lex hoc exigit, ut in contractu emphyteutico: item in testamento solemni in scriptis condito; tunc enim non creditur actoris nudae assertioni dicentis instrumentum se amisisse, sed, ut *n. praec.* dictum est, per testes, vel alia argumenta idonee probare debet casum fortuitum, et instrumenti tenorem.

Si facto proprio amissum est instrumentum, ut quia creditor debitori chirographum reddidit, aut quia statim spe futurae solutionis illud laceravit, idipsum creditor probare debet; quia tum pro debitore stat liberationis praesumptio, quamdiu contrarium non probatur, ut habetur *l. Labeo* 2. §. *et ideo* 1. *ff. de pact. et l. si chirographum* 24. *ff. de probat.*

92

Si denique amissio instrumenti contigit facto adversarii, v. g. quia illud laceravit, corrupit, vel subtraxit, sufficit, si usurus instrumento per solum juramentum probet contenta, et valorem instrumenti; quo facto perinde procedetur, acsi plene probatum esset debitum per instrumentum, ut statuitur *l. fide possessione* 20. *C. de probat.* Ratio est, quia pars lacerans, aut subtrahens instrumentum, parti alteri copiam probationis subtraxit: unde cum dolus suus nemini

prodesse debeat, imo in casu praesumptionem faciat instrumentum parti subtrahenti non favere, in poenam doli merito decretum est, ut debitum pro probato habeatur non aliter, acsi exhibitum fuisset instrumentum ipsum. *Excipitur*, si agatur causa ecclesiae, ut constat ex *c. accepimus* 4. *h. t.* nam haec admittenda est, si alio modo e. g. per testes ostendere velit falsitatem instrumenti per procuratorem praelatum, vel officialem suum subtracti, quia delictum personae non debet nocere ecclesiae juxta *reg.* 76. *in* 6. maxime si committendo fiat, et extrajudiciale sit.

Universim, ne amisso instrumento, pereat, vel saltem minuatur vis probationis, consultum est interdum confici plura originalia instrumenta, ut sic uno amisso, habeatur alterum. Siquis unicum tantum originale habeat, quod transferri securum non sit, suadetur, ut illud vidimari, seu transcribi curet; adhibito notario publico, et aliis cautelis, quas *n.* 31. retuli: nam, ut ibidem dixi, tali transcripto, seu *vidimus*, ut vulgo appellare solent, amisso originali, par fides habetur, ut ipsi originali, si exhiberetur.

93

Quaeritur 7. quando instrumentum innovari possit? Resp. si periculum sit, ne corrumpatur, cum vetustate consumptum sit. Ita de instrumentis privilegiorum decrevit Innocentius III. *c. cum dilecta* 4. *de confirm. util.* ex ratione, ne veritas occultetur, et probandi copia fortuitis casibus subtrahatur: quae ratio cum militet in quibuscumque aliis instrumentis, etiam constitutio dicta merito ad haec extenditur. Neque opus est, ut lis antea sit contestata, aut renovatio fiat praesente parte; quia, ut *n.* 31. dictum est, quando periculum est in mora, exemplum transumptum etiam sine partis citatione fidem obtinet; nam etiam eo casu recipi depositiones testium ante litis contestationem, et partis citationem possunt, ut habetur *cap. fin.* §. *sunt et alii, ut lit. non contest.* igitur cum instrumenta communiter pari passu cum testium depositione ambulent, idem dicendum de renovatione instrumentorum, casu, quo in mora periculum est, ne alias instrumentum pereat. Accedit, quod res ista sit modici, et facile reparabilis praejudicii, ut adeo litis contestatione opus non sit.

94

Quaeritur 8. quomodo interpretari debeant instrumenta? Resp. esse strictae interpretationis; nam stricti sunt juris. Hinc extendi non debent extra illa, quae in iis continentur, sed praecise sistendum in terminis, et propria horum significatione: imo etsi notarius quid posuisset in instrumento, si tamen propria authoritate, et non rogatus illud in instrumento posuit, aut si illi articulo non interfuit, quoad illum vim probandi instrumentum non habet; nam quoad ea, de qui-

bus rogatus non est, aut quibus ipse non interfuit, fidem publicam nullam habet. Multo minus extendi instrumentum debet per interpretationem iniquam in praejudicium tertii; quia ut *n.* 31. de exemplo dixi, instrumentum non praejudicat, nisi illis, inter quos factum est, non vero aliis. *Excipe*, si successor actoris, vel rei sit; nam ad successores etiam singulares, extenduntur instrumenta ita ut pro his et contra illos aeque fidem faciant, atque contra actorem, cujus jure utuntur; Vvsenb. *ff. h. t. n.* 7.

§. V.

De impugnatione instrumentorum

SUMMARIUM

95 *Modi, quibus instrumenta impugnantur.*
96 97 *Quomodo impugnentur ratione contrarietatis.*
98 99 100 *Ratione sigilli.*
101 102 103 *Rasuræ, lituræ, cancellationis.*
104 105 *Quomodo instrumentum impugnetur per testes inscriptos.*
106 107 108 *Quomodo per extraneos.*
109 110 111 112 *Quibus aliis modis probetur falsitas instrumenti.*
113 114 *An ex parte falsum in totum corruat.*
115 *An, et quando fidei instrumenti officiat simulatio.*

95

Quaeritur 1. quot modis instrumenta impugnentur? Resp. Impugnari possunt ex tot capitibus, quot possunt esse diversi eorum defectus; patet autem ex praecedentibus, ex pluribus capitibus contra eadem posse excipi. Et 1. quidem *ratione causae efficientis*, quod factum sit ab eo, qui non fuit notarius, vel etiam esse non potuit, ut quia servus, infamis, illegitime natus, indoctus, excommunicatus etc. 3. Ratione *causae materialis*, quod factum sit super negotio, de quo non potuit confici instrumentum, v. g. quia res illicita est, vel non inter homines gesta, aut a voluntate humana non dependens 3. Ratione *causae formalis*, quod non habeat illas solemnitates, quas *n.* 12. per ordinem enarravi. 4. Ratione *productionis, et publicationis*, quod non sit debite productum, et publicatum, non ostensum in originali, sed tantum in copia vel exemplo; nam juxta *c. si scripturam* 1. *h. t. et l. quicunque* 2. *ff. eod.* instrumenta originalia, non vero copia, aut exempla in judicio producenda sunt. 5.

Ratione *ipsius instrumenti* contra instrumentum excipi potest, quod sit falsum, aut suspectum de falsitate.

Porro falsitas probari potest 1. ex *contrarietate*, si vel idem instrumentum repugnantia complectatur, vel contra unum producatur aliud priori repugnans 2. Ex *sigillo*, quod non sit debite sigillatum: aut sigillum sit adulterinum, vel furtivum 3. Ex *rasura*, *cancellatione*, si videlicet in eo aliquid rasum, cancellatum, deletum, vel etiam adscriptum sit. 4. Ex *depositione testium* deponentium contra instrumentum productum. 5. Ex *aliis conjecturis*, ex charta videlicet, papyro, atramento, et characteribus etc.

96

Quaeritur 2. quomodo impugnetur instrumentum ratione contrarietatis? Resp. distinguendo; vel enim unum, idemque instrumentum repugnantia complectitur, vel contra unum producitur aliud repugnans priori. *Si primum*, et repugnantia conciliari non possint, rejici instrumentum debet, cum contraria simul vera esse non possint. *Si secundum*, antequam aliquod ex iis rejiciatur, videndum, an illa conciliari aliqua ratione inter se possint. *Si possint conciliari*, utrumque vim habet, et retinendum est. *Si nequeant conciliari*, distinguendum, an ab uno utrumque, an vero unum ab actore, alterum a reo productum sit. *Si hoc posterius*, stabitur digniori, aut verisimiliori, rejecto altero, e. g. si unum sit publicum, alterum privatum, si unum confectum a notario melioris notae, alterum a notario minoris existimationis, ut ex *l. optimam* 14. *C. de contrah. vel committ. stipul.* desumit gloss. *in c.* 13. *V. contrarias hoc tit.* Si vero neutrum praerogativam aliquam habeat, neutri credendum, sed reus, nisi causa actoris sit specialiter favorabilis, tanquam intentione actoris non probata, ab observatione judicii absolvendus est; *arg. c. ex litteris* 3. *de probat.* Abb. *in c.* 13. *cit. n.* 3. Vivian. *ibid. in ration.* Laym. *n.* 3. Gonzal. *n.* 5. *etc. Si prius fiat*, et ab uno, eodemque producantur instrumenta contraria, majus est dubium.

97

Ratio dubitandi est; quia testes, et instrumenta aequali jure censentur in judicio. Sed si in testibus contrarietas detur, etsi ab eodem fiat horum testium productio, standum est verisimilioribus depositionibus, ut dictum est *tit.* 20. *num.* 107. ergo idem dicendum de instrumentis, *Conf.* nam reus in judicio uti potest pluribus exceptionibus etiam contrariis juxta *reg. nullus* 20. *in* 6. potest enim dicere: *Mutuam pecuniam non accepi, et simul nec eam debeo, quia jam solvi*: igitur similiter reus ad sui defensionem objicere potest instrumenta, quamvis contraria.

Sed his non obstantibus, videtur certa negativa sententia, videlicet eo casu neutri instrumento habendam fidem. Ita clare habetur *cap. imputari* 13. *hoc tit. et l. scripturae C. eod.* Ratio datur *cap. imputari cit. sibi enim imputare debet, qui contrarias inter se scripturas in judicio protulit, cum in ipsius fuerit potestate, quam voluerit, non proferre.* Accedit, quia producens instrumentum censetur confiteri omnia in eis contenta esse vera. Igitur qui contraria allegat, tacite confitetur utraque: et cons. nihil probat, cum in confessione sua sibi ipsi repugnet. Estque perinde, sive instrumenta illa directe sibi ipsis contrarientur, sive indirecte; item sive utrumque sit publicum, sive unum publicum, alterum privatum; debuisset enim producens illam rem prius perpendere melius; hinc merito negligentiae, et inadvertentiae suae poenas fert, cum jura vigilantibus subveniant, non negligentibus.

Ad rationem dubitandi nego paritatem; nam producens testes ordinarie ignorat futuras eorum depositiones; hinc eidem imputari nequit, si illi deponant contraria; quia producendo solum personas, non dicta illorum approbat. At producens instrumentum scit, vel scire potest ex ejus lectione illius tenorem; hinc si illud legere prius negligat, sibi imputet damnum, ex productione ejusdem emergens. *Ad conf.* aliud est probatio, aliud exceptio; exceptio reo servit, modo una ex contrariis disjunctive probetur; probationes contrariae se invicem elidunt, et cons. vim probandi tollunt.

98

Quaeritur 3. quid opponi adversus sigillum possit, ut ex eo probetur falsitas instrumenti? Resp. contra sigillum varia opponi posse, ut patet ex *cap. inter dilectos* 6. *h. tit.* 1. Quod sit ignotum. 2. Quod enormiter fractum, seu sculptura, et imago illius deleta, ita ut ex residua parte non possit clare colligi, cujus sit. 3. Quod characteres, seu litterae in circumferentia sigilli positae non sint legibiles, neque exprimant nomen ejus, cum sigillum adscribitur. 4. Quod figura, seu sculptura dignitati sigillantis non congruat, v. g. quod non episcopum, sed imperatorem referat, cum deberet referre episcopum. 5. Quod charta sigilli interior sit vetusta, sed ipsum sigillum per agglutinatam novam ceram sit chartae connexum. 6. Quod ipsum sigillum sit alienum, vel adulterinum, aut furto subtractum etc. *Ratio est*, quia his omnibus suspectum redditur sigillum. Bene tamen advertit Abb. *in cap.* 6. *cit. num.* 4. arbitrio prudentis judicis relinquendum esse, ut ipse judicet, an singuli hi defectus, vel quinam ex illis sufficiant ad fidem denegandam instrumento sigillato, ita, ut onus probandi sigillum esse verum, adeoque et instrumentum, imponatur adversario; non

enim eodem modo de omnibus, et in omnibus causis discurrendum est.

99

Si sigillum sit ignotum, bene quidem fides eidem denegabitur, si litterae eo munitae producantur contra tertium, ut sumitur ex *c. quod super* 7. *h. tit.* et habet gloss. *ibid. V. ignota.* At si in favorem tantum citra alterius praejudicium producantur, etiam sigilla incognita facient fidem, ut recte docet Card. Tusch. *pract. concl. litt. S. concl.* 240. *n.* 13. et sic clericus peregrinus satis probabit suos ordines, si suas formatas exhibeat, licet sigillum illis appressum parum agnoscatur, modo non aliunde suspicio doli sit.

Pariter, si sigillum sit fractum, vel amissum, distingui debet inter instrumenta publica, et privata; nam privata quidem scriptura, si sigillum, quo authentica redditur, sit enormiter fractum, aut litterae illius deletae, ut non sint legibiles, vim fidem faciendi amittit, non tamen instrumentum publicum; et ratio disparitatis est; quia instrumentum privatum vim probandi a sigillo maxime habet, publicum vero ex fide notarii, et solemnitatibus, ad quas sigillum de necessitate non pertinet, sed solum ad cautelam apponitur, ut patet ex *num.* 16. supra.

100

Iterum non statim rejiciendae sunt litterae, quas sigillans alieno munivit sigillo; nam poterat contingere ut proprium sigillum penes se non habuerit; quo casu tamen, ut integra stet fides scripturae, necesse est, vel saltem expedit, ut hoc ipsum sigillans exprimat in scriptura sua, quod sc. alieno sigillo usus fuerit, ut ex Abb. et Mascardo optime advertit Pirh. *hic n.* 39.

Denique si excipiens dicat adulterinum, aut furtivum esse sigillum, ipsi incumbet, ut exceptionem hanc probet: quod fieri potest per testes, vel alia argumenta, hocque non directe tantum, sed etiam indirecte, uti factum est in casu *cap. tertio loco.* 5. *de probat.* ubi procurator monasterii contra instrumentum, sub nomine, et sigillo conventus productum, excepit, et testibus de corpore conventus assumptis, probavit non esse cum consensu conventus confectum, et cons. tam instrumentum, quam sigillum conventus ei appositum esse supposititium.

Ut minus in dubium revocari sigillum possit, et instrumentum eo munitum, cautela est, ut litteris ejusmodi non tantum apponatur sigillum, sed etiam a sigillante subscribatur: imo valde consultum est, si res sit majoris momenti, ut vel publicus notarius, vel duo testes adhibeantur, qui testentur de sigillatione, et subscriptione, adeoque de contrahentis consensu, ut monet Bartol. *in l. procuratorem ff. de procurat. num.* 3. et ex hoc Pirh. *loc. cit.*

101

Quaeritur 4. quaenam rasura, litura, aut cancellatio suspectum de falsitate instrumentum faciat? Resp. considerandum, quo loco scripturae facta sit, an sc. in parte substantiali, an in loco non substantiali. Judicium de hoc, an aliqua pars sit substantialis, vel non, quamvis relinquendum sit judici, qui ex subjecta materia, et circumstantiis judicium de isto ferat, plerique tamen DD. in hoc conveniunt, illam *partem* censendam esse *substantialem*, ex qua maxime rei veritas deprehendi potest: cujusmodi judicatur indictio, tempus datae, sive annus, mensis, dies, nomen judicis, actoris, rei, nomen loci, in quo factum est instrumentum etc. *Locus non substantialis et non suspectus* dicitur ille, sine quo intelligitur, et subsistit res, quae in instrumento principaliter intenditur, ut si facta sit rasura non in quaestione juris, sed tantum in narratione facti, sive in iis, quae ad factum pertinent; nec enim secundum narrationem, sed secundum rei veritatem debet procedi; vel si facta sit in accessorio rei, vel in nomine possessionum in privilegiis confirmatoriis etc. His notatis

102

Certum est, regulariter vitiari, atque suspectum de falsitate reddi instrumentum, si rasura, litura, cancellatio, correctio facta sit in loco substantiali, et suspecto; *c. inter* 6. *vers. instrumentum hoc tit. c. cum venerabilis* 7. *de relig. dom.* Vivian. *in c.* 3. *h. tit. in ration.* Laym. *ib. n.* 1. Gonzal. *n.* 5. Barb. *n.* 1. Vvagn. *not.* 1. Pirh. *n.* 60. Konig. *n.* 59. Vviest. *n.* 98. Dixi *regulariter*; nam plures sunt casus, in quibus, non obstante rasura, vel inductione, aut cancellatione facta in parte substantiali, adhuc tamen integra fides instrumento vel quoad totum, vel quoad partem manet. Et 1. quidem, si ipse notarius manu sua rasuram fecerit, vel quidpiam superscripserit; nam sicut in totius instrumenti confectione ipsi fides haberi debet, ita etiam in loco rasurae, aut factae correctionis; erit tamen, ut bene monet Pirh. *n.* 62. eo casu consultum, ut ipse notarius, siquid correxerit, vel raserit in aliquo loco substantiali, ad finem instrumenti mentionem de eo faciat, cum non sit infrequens aliquos alienam manum scitissime imitari. 2. si ex antecedentibus, et consequentibus satis appareat, ita legendum esse, sicut rasura, aut verbum subscriptum indicat; Abb. *in* 3. *cit. n.* 4. Laym. *ibid. n.* 2. 3. si ex alia scriptura authentica possit intelligi sic legendum in instrumento, ut rasum, vel correctum est; Laym. *n.* 5. 4. siquid rasum, vel inductum sit in loco testamenti, quo libertas concessa est, tunc enim, nisi contrarium constet de voluntate testatoris, non obstante rasione, vel inductione, vim habet testamentum, et hoc favore libertatis

26 *

l. proxime 3. §. *fin. ff. de his*, *quae in testam. delent.* et notant Felin. *in c.* 3. *cit. n.* 16. Gonz. *n.* 8. Layman. *n.* 6. Pirhing *n.* 62. qui hoc extendunt etiam ad ceteras dispositiones favorabiles. 5. si instrumentum contineat plura capitula non connexa, propter rasuram substantialem, factam in uno capitulo, non vitiantur alia capitula, si haec falsi suspicione careant; nam utile per inutile non vitiatur, si non sint connexa; ut habet *reg* 39. *in* 6. et notant Felin. *loc. cit. n.* 15. *n.* 15. Laym. *n.* 3. Gonz. *n.* 7. 6. si instrumentum penes adversarium fuerit, et cum exhibetur, aliquid in eo rasum appareat, rasura ei, contra quem instrumentum producitur, non praejudicat; praesumitur enim vitiatum, et rasum ab eo, penes quem fuit, et cons. fraus illius obesse innocenti non debet, sed in iis, in quibus verus sensus intelligi potest, eidem instrumentum, non obstante rasione, vel obductione proderit.

103

Difficultas major est, quando rasura, cancellatio etc. facta est in loco non substantiali. Etiam in hoc fidem instrumento tollere, videtur suadere 1. *l. fin. C. de edict. Hadrian. toll.* ibi. *Neque ex quacumque suae formae parte vitiatam.* 2. *cap. fin. hoc tit.* ibi : *nulla sui parte vitiata.* 3. *cap. ad audientiam* 11. *de rescript.* ubi rescriptum apostolicum unius soloecismi, seu constructionis vitio pro subreptitio habetur.

Sed verius per rasuram, cancellationem etc. in parte non substantiali factam, instrumentum non vitiari docet glos. *in c. cum olim* 14. *V. rasuras de privil.* Abb. *in cap. ex litteris* 3. *h. tit. n.* 2. cum reliquis *supra* relatis. Patet clare ex *cap. ex litteris cit.* ubi statuitur per solam rasuram, in facti narratione factam, rescriptum non vitiari, nec reddi suspectum. Item ex *c. ex parte* 11. *eod.* ubi unius litterae, syllabae, et aliquando etiam vocis integrae omissione non vitiatur rescriptum; igitur nec rasura, vel cancellatione in loco non substantiali, et non suspecto.

Neque obstant textus allegati in contrarium. *Ad* 1. *et* 2. textus illos de parte instrumenti substantiali procedere, non male explicat Gonzal. *in c.* 3. *cit. n.* 6. *Ad* 3. negatur paritas; nam quia rescripta apostolica, antequam emanent, per tot manus eunt, ut impossibile moraliter sit soloecismum non ab aliquo deprehensum esse, hinc merito dubium esse potest, an emanarit a sede apostolica illud, in quo ejusmodi soloecismus continetur; nihil tale praesumitur in instrumento habente rasuram, vel cancellationem, imo hoc ipso, quod in parte substantiali sit facta, praesumitur ab eo facta, qui instrumentum primus conscripsit.

104

Quaeritur 5. an, et quomodo instrumentum impugnari possit per testes? *Ratio dubitandi* est, quia ut una probatio vincat alteram, oportet, ut ea validior sit, et fortior; nam si aequales sint, nulla praevalet; *arg. l. nam magistratus* 4. *ff. de recept. qui arbitr.* sed testes, et instrumenta parem vim probandi obtinent *l. in exercendis cit.* ergo instrumentum per testes reprobari non potest. *Conf.* ex *cap.. ad audientiam* 13. *de praescript.* ubi probatio per instrumentum praefertur probationi, quae fit per testes.

Sed his non obstantibus vera est affirmativa sententia, nempe instrumentum per testes impugnari, et reprobari posse. Distingui tamen debet inter testes, an sint adscripti instrumento, an vero extranei, qui confectioni instrumenti non intervenere.

Si *testes adscripti* deponant contra instrumentum, et vel negent se interfuisse illius confectioni, vel asserant aliter scriptum esse, quam actum fuerit, considerandum, quot testes adscripti sint instrumento; nam si praecise adscripti sint tot, quot ad solemnitatem, vel probationem instrumenti de jure sunt necessarii, etsi unus ex illis contra instrumentum deponat, fides instrumenti penitus evacuatur; quia tunc instrumentum laborat defectu substantiali. *Excipitur*, nisi reliqui testes instrumentarii (aut etiam extranei) deponerent, et probarent, non se dumtaxat, sed etiam hunc, vel hos interfuisse actui, qui interfuisse se negant; tunc enim convincerentur mendacii, et plene confirmaretur instrumenti fides; Ant. de Butrio *in c.* 10. *h. tit. n.* 48. Felin. *ibid. n.* 48. Everhard. *de fid. instrum. cap.* 5. *n.* 102. Vviest. *hic n.* 92.

105

Si plures adscripti sint, quam necessarium fuerit, et testes, quot necessarii sunt, deponant pro instrumento, ceteri contra illud, standum est depositioni testium deponentium pro instrumento, quod ipsi, praesertim accedente persona notarii, aut sigillo authentico, contrarium asserentibus sint numero, et authoritate potiores. Unde eo casu testes, qui contra instrumentum deponunt, ut intentionem suam promoveant, non tantum debent negare se interfuisse confectioni instrumenti, sed insuper negationem suam probare, e. g. quod illo die, quo instrumentum confectum dicitur, abfuerint; quod si fiat per idonea argumenta, etiam unus testis adscriptus, contrarium instrumento deponens, et probans, evertet vim instrumenti; et ratio est, quia cum in parte falsum sit, ex toto suspectum redditur; Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 10. §. *de reprob. instrum. n.* 56. Henr. Canis. *in c. cum Joannes* 10. *h. tit. n.* 11. Barb. *ibid. n.* 9. Vagan. *not.* 3. Zoes. *n.* 16. *hic* Pirh. *n.* 71. Engl. *n.* 57. Konig. *n.* 59.

Dixi *et vel negent, se interfuisse instrumenti confectioni, vel asserant aliter scriptum esse, quam actum fuerit*; nam si testes adscripti dicant se quidem interfuisse, non tamen recordari, quid inter partes actum sit, sustinebitur instrumentum, ut notant *l. cit.* Zoes. Vvagn. Pirhing, Engl; et ratio est, quia testes dubitantes nihil probant; neque sequitur; *non recordantur, ergo non est actum.*

106

Major difficultas est, quando testes extranei adversus instrumentum deponunt; nam etsi clarum sit ex *cap. cum Joannes cit.* quod etiam per istos reprobari instrumentum possit, in numero tamen testium, ad hujusmodi reprobationem requisito, plurimum DD. inter se dissident. Nam 1. gloss. *in c. cit. V. quolibet.* requirit quatuor, vel quinque testes, qui sint plures, et meliores scriptis in instrumento: rationem dat, quia fides notarii aequivalet duobus testibus; *c. quoniam* 11. *de probat.* et instrumentum itidem valet, quantum duo testes; debent autem ad reprobandum instrumentum esse testes vel plures, vel saltem aequales numero, sed meliores. Huc pertinent illi, qui universim dicunt instrumenti reprobationem fieri debere per plures testes, quam in illo contineantur: unde testamentum per hos AA. non reprobaretur, nisi per octo testes, codicillus non nisi per sex, quod est parum probabile. 2. alii cum Accursio dicunt ad infirmandum instrumentum privatum sufficere duos testes, ad publicum requiri saltem tres. 3. Abb. *in c.* 10. *cit. n.* 13. Felin. *ibid. n.* 35. Pirh. *hic n.* 72. volunt cuicumque instrumento derogari posse per duos testes omni exceptione majores, nisi ipsum instrumentum per testes inscriptos, vel alias viva voce juvetur: ratio illorum est, quod instrumentum non habeat fidem, nisi ab officio, et authoritate notarii, cui merito testimonium duorum, aut trium viva voce deponentium, et omni exceptione majorum praefertur; Gonz. 4. *in c. cit. n.* 15. Laym. *ibid. n.* 6. Vvagn. *not.* 2. *fin.* docent esse judicis arbitrio relinquendum, ut dispiciat, an testes duos, vel tres ita sint idonei, ac sufficientes, ut eorum probatio adversus instrumentum possit haberi liquida.

107

Hinc cum P. Engl *hic n.* 58. Konig *n.* 59. P. Vviest. *n.* 93. et aliis apud istos judicio distinguendum, an testes inscripti instrumento adhuc vivant, et examinari possint, vel an jam obierint, aut examinari nequeant. *Si vivant adhuc*, et examinati constanter deponant pro instrumento, nulla ratio est habenda testium extraneorum contrarium deponentium, nisi inscriptis testibus aut numero, et dignitate, aut probabilitate dictorum superiores sint; ut dictum est *tit.* 20. *n.* 107. *Si autem testes inscripti jam obiere,* aut ita di-

stant, ut examinari nequeant, existimo per duos testes juratos, et omni exceptione majores instrumenti fidem sufficienter infringi. Sumitur ex *l. optimam* 14. *C. de contrah. stipulat. ubi vers. etsi* instrumentum per testes undique idoneos, et omni exceptione majores reprobari permittitur, neque fit mentio numeri. *Ratio est*, quia ex una parte probatio per duos testes omni exceptione majores ipso naturae jure plenissimam probationem, ex altera autem instrumentum publicum plenam fidem accepit tantum jure positivo ob maximam praesumptionem, qua praesumitur notarium ob officium publicum, et praestitum juramentum testes absentes, vel aliud falsum non inscripturum; igitur cum praesumptio cedere veritati debeat, aequissimum omnino est, ut probatio per duos testes omni exceptione majores, quae omni jure firmissima est, praeferatur probationi per instrumentum, quae solum indulgentia juris accepit plenae probationis rationem, cum spectata natura rei, solum mereatur semiplenam.

108

Ad rationem dubitandi *n.* 104. allatam patet ex ratione modo data, majorem esse vim vivae vocis, quam mortuae. Hinc, quando *l. in exercendis* 15. *C. h. tit.* et alibi in jure eadem vis probandi tribuitur instrumentis, quae testibus, hoc solum intelligendum est, quamdiu vis probandi, quam ex praesumptione juris instrumentum habet, per contrarios testes non eliditur. *Ad conf.* textus ille solum procedit, quando per testes non probatur sufficienter falsitas instrumenti; nam instrumentum, quamdiu falsum esse non convincitur, semper praefertur testibus volentibus probare contrarium, cum illud ex persona notarii, et solemnitatibus acceperit fidem publicam.

109

Quaeritur 6. quibus aliis modis probetur falsitas instrumenti? Resp. plura esse capita, ex quibus falsum, vel saltem suspectum probatur instrumentum, ut praeter alios videre est apud Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 10. §. *de reprob. instr. a n.* 15.

Et 1. quidem si instrumentum non continet verisimilia: ut enim testi deponenti non verisimilia non creditur, ita nec instrumento; quia testes, et instrumenta quoad probationem censentur paria.

2. Si charta antiqua sit, scriptura autem quoad figuram, et modum scribendi videatur recentior. Hoc tamen per se solum non sufficit, nisi adsint alia adminicula, et conjecturae; nam contractus novus scribi potest etiam in vetustissima charta.

3. Si apparet instrumentum alia manu scriptum, alia subscriptum, cum tamen notarius attestetur eadem manu scripta omnia.

4. Si diverso atramento aliqua in eo scripta sint, et aliae insuper conjecturae concurrant; nam sola diversitas atramenti non sufficit; Barbos. *in cap.* 6. *hoc tit. n.* 5.

110

5. Si erratum sit in instrumento, nisi error sit levis dumtaxat, qualis est, omissio unius litterae, vel syllabae, aut etiam vocis; hoc enim instrumentum non vitiat, quando de mente conficientis adhuc sufficienter constat; *c. ex parte* 11. *hoc tit. et ibi* Abb. *n.* 2. Felin. *n.* 1. Laym. *n.* 1. Gonz. *n*: 2. Barbos. *n.* 1.

6. Si in eo reperiatur aliquid additum aliena manu sine attestatione notarii, nam sine hujus mandato (de quo etiam mentionem facere in subscriptione debet) nullus potest aliquid addere, aut scribere in instrumento.

7. Si aliquid correctum sit in instrumento ab alio, quam notario; nam errorem rescripti apostolici sine licentia officialium, qui in curia romana ad hoc deputati sunt, non licet corrigere; alioquin qui hoc praesumeret, omni commodo instrumenti, et rescripti carebit, quod ea, quae a publica potestate procedunt, attingere privatus non debeat; Abb. *in c. ex litteris* 3. *hoc tit. n.* 3. Laym. *n.* 8. Vvagn. *not.* 2. qui tamen existimat prohibitionem istam non esse in tanto rigore receptam; hinc credit litteras manifeste vitiosas in casu aliquo (si error impetranti videatur praejudicare) bona fide corrigi posse in Germania, etsi moneat praestare, nisi inde damnum immineat, tales errores sine rasura relinqui, cum quivis prudens illos ultro advertat.

111

8. Si ipse notarius correctionem fecerit; ubi tamen distinguendum, an fecerit istam in continenti, an ex intervallo; nam *in continenti* facere correctionem potest, cum quoad hoc acquiparetur testi. At *ex intervallo* si faciat, id quod sic correctum est, non faciet fidem publicam, nisi errorem suum vel ex protocollo, vel ex alio instrumento sufficienter doceat, vel ipse error notorius sit, quo casu, si error non sit mere grammaticalis, necesse est ad correctionem ex intervallo faciendam intervenire authoritatem judicis, et consensum partium, quarum interest; quia conficiendo instrumentum quoad hoc notarius jam censetur functus officio suo.

9. Si in registratione instrumenti notarius non servarit solitum suum stylum, quem is, et alii notarii communiter observare solent; cum enim non facile aliquis a solito stylo deflectere soleat, novitas haec falsitatis praesumptionem gignit.

10. Si in protocollo de antiquo annotata, registrata sint de recenti; quia non est credibile, quod cum memoria hominum labilis sit, totum instrumenti tenorem in memoria notarius habuerit.

112

11. Si in instrumento, protocollo, aut litteris folia aliqua incisa, aut addita, et de novo consuta sint. Proceditque hoc, etiamsi a notario factum sit; nihil enim potest notarius in instrumento, vel protocollo mutare, variare, aut incidere sine authoritate judicis.

12. Si aliqua pars instrumenti reperiatur consumpta in loco suspecto; nam consumptio acquiparatur abrasioni, licet ex ea non oriatur tanta suspicio, quanta ex abrasione, ut notat Barbos. *loc. cit. n.* 13.

13. Si producatur instrumentum a tali persona, quae alibi consuevit homines decipere falsis instrumentis; nam semel malus semper praesumitur malus in eodem genere mali.

Ut vero ex his, et similibus modis probetur falsitas instrumenti necesse est, ut ipsum instrumentum, et quidem originale, exhibeatur judici vel in judicio, vel in loco, ubi asservatur, si tutum non sit alio illud transferri; nam alias defectus instrumenti cognosci non vere possunt; item necesse est, ut praefixo a judice termino peremptorio ad videndum instrumentum citetur is, qui illud falsitatis arguit, intra quem si non venerit vel per se, vel per alium, sententiam judex feret pro instrumento, et impugnatori indicetur silentium.

113

Quaeritur 7. an, si instrumentum in parte aliqua falsitatem continere probetur, totum corruat? Affirmant aliqui, negant alii; melius distinguitur cum Everhard. *de fide instrum. c.* 5. *a n.* 159. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *a n.* 448. Vviest. *hic n.* 96. juxta quos, si instrumentum habeat plura capitula non connexa, sed disparata, tunc falsum in uno, non praesumitur falsum in ceteris capitulis separatis ab illo falso, saltem si falsitas non contigit malitia, et dolo notarii; nam utile per inutile vitiari non debet, quando unum separari potest ab altero. At si falsitas reperitur in articulo connexo cum aliis, eoque tali, ut attingat substantialia instrumenti, totum suspectum redditur; *arg. can. puro* 17. *caus* 3. *quaest.* 9. ubi tota instrumenti fides ob partis mendacium declaratur irrita.

Dixi: *Saltem si falsitas non contigit malitia, et dolo notarii*; nam si dolo, et malitia notarii falsitas contingit in capitulo disparato quidem, sed substantiali instrumenti, an ibi censeatur falsum totum instrumentum, majus dubium est. *Et ratio dubitandi est*, quia fides instrumenti dependet a fide notarii, quae si vacillet, videtur inficere totum instrumentum, cum fides, et probitas notarii sit quid individuum.

114

Sed contrarium non improbabiliter docet Fachin. *l.* 9. *contr. J. cap.* 79. videlicet instrumentum solum vitiari in ea parte, in qua falsitas deprehenditur, nisi talis illa sit, quae per se totam fidem instrumento adimat, ut si scriptum sit actum esse in uno loco, cum in alio actum fuerit, tunc enim totum falsum apparet; extra similem casum videtur instrumentis manere praesumptio veritatis quoad capitula cetera non connexa, de quibus falsitas non probatur; neque enim ex eo, quod unum probetur falsum, etiam sequitur cetera falsa esse, in quibus falsitas non apparet, alioquin omnia, quae prius gessit notarius, praesumenda essent falsa.

Ex quo patet ad *rationem dubitandi*; nam fieri potest, ut notarius in uno capitulo committat falsitatem, in altero se probe, et fideliter gerat. Unde etsi ob praesumptionem fraudis instrumenta, quae deinceps conficiet, non valeant, quia ob hanc ipsam praesumptionem ex dispositione juris non potest amplius fungi officio notariatus, non tamen locum habet praesumptio haec in praeteritum quoad instrumenta jam facta, ne iisdem habeatur fides, in quibus nulla est fraudis suspicio.

115

Quaeritur 8. an, et quando fidei instrumenti officiat simulatio? Resp. *Simulatum instrumentum* est, quando aliud inter partes actum est, aliud vero in instrumento scriptum. Differt a falso; quia falsum committitur de voluntate unius contrahentis, simulatum vero utriusque consensu. Triplici modo fieri *simulatio* potest. 1. *de re ad rem*, ut si fundus dicatur venditus, cum domus sit vendita, 2. *de contractu ad contractum*, *de persona ad personam*, cum ager dicitur venditus Titio, cum venditus sit Sempronio. Ultima haec species simulationis non facit actum invalidum, sed jus, et obligatio acquiritur verae, non simulatae, et fictae personae. Si duobus modis prioribus contingat simulatio, rejicitur instrumentum. Utrumque constat ex *l. acta* 2. *et l. seq. C. plus valere quod agitur etc.* Rationem indicat rubrica *cit. tit.* quia nempe magis attendi debet, quod tacite inter partes actum, quam quod simulate conceptum, aut scriptum est.

TITULUS XXIII.

De praesumptionibus.

Testibus, et instrumentis saepe accedunt, aliquando succedunt praesumptiones; quarum tanta vis est, ut aliquando, deficientibus aliis probationibus, ad ferendam sententiam solae sufficiant; ubi vero aliae afferuntur, in praesumptione pleraeque fundentur, cum non alio ex capite testes, instrumenta, juramenta fidem concilient, quam quia praesumitur ea, quae per testes, instrumenta, vel juramenta probantur, a veritate non abhorrere.

§. I.

De natura, varietate, et effectibus praesumptionum.

SUMMARIUM

1 *Definitio praesumptionis in genere.*
2 *Indicium, hujus diversitas, et differentia a præsumptione.*
3 *Fictionis juris, et quomodo a praesumptione differat.*
4 *Præsumptio hominis quid?*
5 *Ejus divisio.*
6 *Vis ad probandum.*
7 *Definitio præsumptionis juris, et divisio in præsumptionem juris tantum, ac juris, et de jure.*
8 *Differentia inter utramque.*
9 *Utriusque exempla.*
10 *Effectus præsumptionis, quæ juris tantum est.*
11 *Effectus præsumptionis juris, et de jure.*
12 13 14 *Quando adversus istam admittatur probatio.*
15 *et seq. An ex nudis praesumptionibus in causa criminali sententia ferri, et reus condemnari possit.*

1

Quaeritur 1. quid sit *praesumptio*? Resp. *Praesumptio* ita dicitur a *prae*, et *sumptio*, quasi *ante sumptio*, quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero; Ummius *ad proces. jud. D.* 15. *n.* 27. Gonz. *in cap.* 2. *h. tit. n.* 11. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 622. Definitur, quod sit *conjectura, seu judicium ex aliquo signo, vel indicio verisimili orta, et probationis loco allegata, aut a judice assumpta ad adstruendam rei dubiae fidem.* Ita Vveзen. *ff. h. t. n.* 14. Henr. Canis. *in rubr. eod. n.* 1. Vvag. *ibid. not.* 2. Vall. *hic* §. 1. *n.* 1. Zoes *n.* 1. Pirh. *n.* 1. Konig. *n.* 3. Sann. *cap.* 1. *n.* 2. et ceteri communiter, saltem quoad substantiam.

Dicitur 1. *conjectura* : quod ponitur loco generis : nam *praesumptio* importat assensum probabilem, et magis determinatum, ex indiciis verisimilibus sumptum: *conjectura* autem includit etiam suspicionem, quae est opinio levis, seu tenuis assensus cum magna titubatione de re dubia, ex levibus duntaxat indiciis procedens; Menoc. *de praesump. l.* 1. *quaes.* 7. *n.* 42.

Dicitur 2. *ex aliquo signo, vel indicio verisimili orta ;* debet enim praecedere signum aliquod, ut inde praesumptio fieri possit, et quidem verisimile; alias in suspicionem, vel judicium temerarium degenerabit.

Dicitur 3. *ad probandum assumpta;* nam etsi stricte dicta probatio ipsa non sit, ut volunt aliqui, loco probationis tamen assumitur, et si requisita omnia habeat, probatio est in effectu.

2

Quaeritur 2. quid sit *indicium*, et quomodo a praesumptione differat? Resp. *Indicium est notabile signum alicujus delicti*, *vel alterius rei*, *de qua dubitatur*, *ad veritatem cognoscendam inserviens*; Mascard. *de probat. vol.* 1. *q.* 15. *n.* 2. Farin. *prax. crim. q.* 36. *n.* 27. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 623. Pirh. *hic n.* 2.

Triplex est indiciorum divisio; nam 1. aliud est *semiplenum*, seu *dubitativum*; aliud *plenum* seu *indubitatum*. *Primum* est, quod aptum est gignere opinionem, vel suspicionem aliquam, sed cum formidine, seu virtuali dubio junctam. *Alterum est*, quod ad plenum assensum movere animum aptum est. 2. Indicium aliud est proximum, aliud remotum. *Proximum* dicitur, quod magis verisimile est, sive aptum ad rem ostendendam. *Remotum*, quod minus idoneum est ad rem demonstrandam, quia fallere frequenter potest. 3. Indicia alia sunt *levia*, quae suspicionem dumtaxat gignunt: alia *gravia*, quae opinionem non levem, non tamen omnino certam, sed conjunctam cum aliquali formidine oppositi creant; alia *gravissima*, seu *indubitata*, quae pariunt assensum moraliter certum, et excludentem omnem formidinem.

Differt itaque praesumptio ab indicio, quod indicium sit ipsum signum unum, vel plura, ex quibus tanquam ex causa, oritur praesumptio.

3

Quaeritur 3. quid sit *fictio juris*, et quomodo distinguatur a praesumptione? Resp. *Fictio juris est indubitatae falsitatis assumptio in casu possibili*, *et ex justa causa ad inducendum aliquem effectum juris, aequitati naturali non repugnantem.* Exempla illius passim sunt in utroque jure, sic enim jus fingit esse natum, qui adhuc existit in utero, quando agitur de illius commodo; fingit patrem et filium esse

unam personam, cum sint duae; canonicum, qui in studiis est, esse praesentem, cum sit absens; religiosum quoad potestatem exercendi certos actus civiles esse mortuum, cum vere vivat etc.

Multam quidem fictio juris cum praesumptione affinitatem habet, differt tamen ab ea multipliciter. Nam 1. fictio fingit vera esse, quae vera non sunt, ideoque nunquam convenit cum veritate; praesumptio autem versatur circa rem dubiam, quae sc. esse, vel non esse potest, et saepe convenit cum veritate. 2. Fictioni non obest veritas contraria cognita; praesumptio vero tollitur, si de contraria veritate constet. 3. Fictio juris nunquam infirmari potest per probationem contrarii, cum ultro concedatur contrarium esse verum; at vero praesumptio, si non sit juris, et de jure, per contrariam probationem infirmari potest; imo illam quandoque admittit praesumptio juris, et de jure, ut *infra a n.* 12. dicam. 4. Praesumptio assensum continet plerumque verum; fictio vero assensum non habet, cum in sola apprehensione haereat 5. in eadem causa possunt esse praesumptiones contrariae, quo easu ut *n.* 38. dicetur, potentior praesumptio praefertur a judice: at fictio non datur fictioni contraria, quia id quod fictioni contrarium, est veritas, veritas autem non fingitur. 6. Fictio ab homine nunquam induci potest, sed tantum a jure, et hinc legis dispositio esse dicitur; at praesumptio etiam ab homine, nempe a judice induci potest.

4

Quaeritur 4. quod, et quotuplex sit, et quam vim habeat *praesumptio hominis*? Resp. *Praesumptio hominis est conjectura, nullo jure expressa, aut firmata, sed quam concipit homo, ex facti qualitate, et circumstantiis aliquid conjiciendo, et assumendo pro vero, donec aliud demonstretur, ac doceatur.* Ita Laym. *in cap.* 8. *h. tit. n.* 5. Gonz. *in cap.* 2. *eod. n.* 13. P. Jord. *l.* 14. *t.* 21. *n.* 6. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 624. Vall. *hic* §. 2. *n.* 1. Zoes. *n.* 2. San. *c.* 1. *n.* 4. Dicitur *praesumptio hominis,* non quasi ne generaliter quidem ullo nitatur jure, aut approbetur, sed quia praeter expressas in jure a judice vel alio homine assumitur, ut locum in judicio habeat, ut bene advertit Vvag. *in rubr. hic not.* 3.

5

Triplex autem est praesumptio hominis, prout triplicis etiam generis indicia esse *n.* 2. in tertia divisione dixi, videlicet violenta, seu vehemens, probabilis, seu discreta, levis seu temeraria. *Levis, seu temeraria* suspicio potius, quam praesumptio est, quae ex levibus, vanisque causis, seu indiciis oritur. Talis est, siquis de Titio e. g. suspicetur eum esse adulterum, quia paulo liberius interdum versatur cum alterius uxore, etsi non in loco suspecto. *Probabilis,*

seu *discreta* est, quae sumitur ex indiciis verisimilibus, et cum eo, quod praesumitur, valde frequenter conjunctis. Talis est, quia judicatur non esse pudica illa, quae sepe cum juvenibus sola praesertim si in loco obscuro hoc fiat, conversatur sine arbitris. *Violenta*, *et vehemens* est, quae ex multis, vel uno valde efficaci, et veritati proximo indicio formatur, et vehementer movet, cogitque ad credulitatem, ita, ut moraliter non relinquat dubium. Talis est praesumptio fornicationis ex actibus propinquis, si sc. solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto sint deprehensi; adulterii, si mulier undecimo mense post mortem mariti peperit; caedis factae, si Titius stricto gladio usque in aedes suas insequatur Sempronium, de quibus certo constabat, quod nemo moretur, intus et paulo post cum cruentato gladio crumpat ex iisdem aedibus totus pallidus, conturbatus: nam si postea Sempronius in suo sanguine natans, et pluribus vulneribus confossus, reperiatur mortuus prudenter credi alius caedis author esse non potest, nisi Titius.

6

Ex his tribus praesumptionum generibus, *prima*, nempe *levis* nihil omnino probat, sed reprobatur utroque jure. Textus in jure canonico sunt *can. oves* 9. *caus.* 6. *q.* 1. ubi in fine, *omnis suspicio*, inquit pontifex, *est potius repellenda*, *quam approbanda et recipienda*; item *cap. ex tuarum* 8. *de purg. canon. c. significantibus* 2. *de purgat. vulg. c. inquisitioni* 44. *de sent. excomm.* ubi hujusmodi praesumptiones, tanquam indicia omnino fallacia, vanae suspiciones, et superstitiosae tentationes Dei omnino reprobantur: et merito; quia vix ullam, imo fere nullam cum re praesumpta connexionem habent. *Secunda*, seu *probabilis* vim habet semiplene probandi, ut desumitur ex *c. inquisitioni cit.* ubi ex tali praesumptione mulier a debito petendo (etsi id reddere teneatur) abstinere jubetur, *et cap. tertio* 13. *h. t.* ubi probabili praesumptioni accedens juramentum (uti et fama publica, vel unus legitimus testis) facit plenam probationem. Unde illi, qui gravatus est hujusmodi praesumptione, indicitur purgatio canonica; *cap. siquis* 4. *de purgat. canon. Tertia*, videlicet *violenta*, *et vehemens* plene probat, ut si contrarium non probetur, in civilibus causis ad sententiam ferendam procedi possit, prout DD. communiter desumunt ex *cap. afferte* 2. *h. tit.* ubi refertur judicium Salomonis, ex violenta hujusmodi praesumptione de vera infantis matre pronuntiantis, ut 3. *reg.* 3. narratur.

7

Quaeritur 5. quid, et quotuplex sit *praesumptio juris*? Resp. *Praesumptio juris est, quae legibus est expressa*, i. e. *quando suppositis certis circumstantiis lex, vel canon aliquid conjicit.* Duplex

et ipsa est, videlicet praesumptio juris tantum, et praesumptio juris, et de jure. *Praesumptio juris tantum* est, quando jus in dubio aliquid praesumit, et tamdiu pro vero habet, donec vel contraria probatione, vel fortiori praesumptione elidatur. *Praesumptio juris, et de jure*, cum lex, vel canon ita aliquid praesumit, ut super tali praesumptione jus firmum statuat, eamque praesumptionem ita pro vero haberi vult, ut regulariter probationem in contrarium non admittat.

Non tamen est necesse, ut lex expresse dicat non admittendam, sed sufficit, si pronuntiet praesumptionem esse violentam, vel vehementem : imo aliqui videntur in effectu asserere, quod sufficiat, si lex, vel statutum dicat praesumptionem plene probare, etsi non addat, *nisi probetur contrarium*. Certe nisi hoc dicamus, ut recte advertit Haun. *de J. et J. tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 632. pauca exempla in jure reperiemus hujus praesumptionis juri, et de jure. Consentit Abb. *in cap.* 8. *hoc tit. n.* 2. ubi ait ad hanc praesumptionem plus non requiri, quam ut jus super ea statuat, et sese fundet. Hinc consideranda erit subjecta materia, de qua lex loquitur, et attendenda communis DD. interpretatio : neque enim in jure certa vocabula sunt introducta, quibus illa significetur induci.

8

Utraque praesumptio *juris* dicitur ; quia a Jure est introducta: posterior cum addito *et de jure;* quia super tali praesumptione lex induxit, et sanxit firmum jus, et habet eam pro veritate. Hinc patet discrimen inter utramque praesumptionem ; nam 1. super praesumptione juris, et de jure lex firmum jus sanxit; non super praesumptione juris tantum. Et hinc 2. praesumptio juris admittit probationem in contrarium; praesumptio juris, et de jure regulariter probationem in contrarium respuit. Ac 3. hoc ipso, quia praesumptionem juris, et de jure lex habet pro veritate , non est necesse , ut pars eam alleget ; nam judex sequi eam non interpellatus tenetur , cum veritati patrocinari debeat ; at praesumptio juris tantum allegari debet, saltem quando oritur ex facto proprio, vel circa illud versatur. Rationem dat Gonzal. *in cap.* 2. *h. tit. n.* 16. quia quando praesumptio oritur ex facto partis, si eam non allegavit, praesumitur non esse vera, et praesumptio haec ita tollit praesumptionem juris. Et hinc quamvis judex alias teneatur supplere ea, quae sunt facti, nisi factum ipsum allegetur, ut quae desunt advocatis partium, si tamen pars non alleget praesumptionem juris pro se stantem, supplere non debet. Possunt autem praesumptiones quovis tempore in judicio allegari etiam post conclusionem in causa , ut notat Valleus. *hic* §. 6. *n.* 6. Vvagn. *in rubr. not.* 6.

9

Exempla utriusque passim reperiuntur tum *hoc tit.* tum alibi passim; pauca hic affero. Praesumptionis juris tantum exempla sunt 1. quando praesumitur baptizatus, qui inter christianos natus, et educatus est; *cap. fin. de praesbyt. non bapt. in* 6. 2. quando praesumitur legitimus, qui natus est ex uxore, cum qua maritus cohabitavit; *l. filium* 6. *ff. de his, qui sui, vel alien. jur.* 3. quando praesumitur usu rationis praeditus, qui septimum aetatis annum implevit, vel excessit, *cap. un. pr. de despons. impub. in* 6. 4. quando praesumitur habere potentiam generandi, si puella duodecimum, masculus decimum quartum aetatis annum implevit; *cap. continebatur* 6. *et c. attestationes* 10. *de despons. impub.* 5. quando praesumitur pro debito satisfactum ex chirographo cancellato, vel deleto etc.

Exempla praesumptionis juris et de jure ponuntur 1. *cap. per tuas* 6. *de condit. appos.* ubi cognoscens sibi desponsatam sub conditione praesumitur conditionem remisisse, et absolute in matrimonium consensisse. 2. *c. ad id* 21. *de sponsal.* ubi per annum cum dimidio cohabitans viro, cui coacta nupserat, praesumitur in illud libere consensisse, et adhaerere ipsi tenetur, nec admittitur postea ad probandam violentiam, perinde acsi ab initio libere consensisset, 3. *c. is, qui fidem* 30. *de sponsal.* ubi sponsus cognoscens sponsam de futuro praesumitur id fecisse animo conjugali, et cons. hoc ipso contracta sponsalia de praesenti. Similes textus habentur alibi passim.

10

Quaeritur 6. quis sit effectus praesumptionis juris? Resp. alius est effectus praesumptionis juris tantum, alius praesumptionis juris, et de jure. *Praesumptio juris tantum* eum, pro quo stat, liberat probandi necessitate, eamque transfert in adversarium, qui nisi contrarium probet, intentio alterius habetur pro veritate; *arg. cap.* 2. *et cap.* 4. *de probat.* et sententia secundum ipsam profertur saltem in civilibus; *cap. ad ad decimas* 2. *de restit. spoliat. in* 6. quia tamen minus efficax ipsa est probatio, quam sit praesumptio juris, et de jure admittit probationem in contrarium; eique si rite sit praestita, tanquam veritati cedit; et ratio est, quia fides a probatione plena proveniens magis certa est, quam quae oritur ex praesumptione juris, quae non simul esset de jure; Vallens. *hic* §. 4. *n.* 5.

11

Praesumptio juris, et de jure plures effectus habet, nam 1. et principaliter ita habetur pro veritate, ut regulariter probationi contrariae locus non sit; hinc etiam *necessaria* appellatur; Hiltrop.

p. 3. *tit.* 24. *n.* 14. Gonzal. *in c.* 2. *h. tit. n.* 12. Vallens *hic* §. 4. *n.* 6. Ratio est, quia haec praesumptio ex certis indiciis, et indubitatis signis procedit. 2. impedit appellationem; Menoch. *de praesumpt. l.* 1. *q.* 76. *n.* 1. *et seq.* Zoes. *hic n.* 9. Pirh. *n.* 12. Ratio est, tum quia is, contra quem stat ista praesumptio, habetur pro convicto, et confesso; convictus autem, et confessus appellare non potest; *l. observare* 2. *C. quor. appellat. non recip.* tum quia praesumptio ista ita, ut dictum est, pro veritate habetur, ut probationem in contrarium non admittat, sed ubi probatio non admittitur, frustra appellatur; ergo etc. 3. etiam non admitti juramentum ejus, contra quem stat; Menoch. *q.* 77. *n.* 1. Zoes. *n.* 8. Pirh. *loc. cit.* Ratio est, quia juramentum non defertur a judice, nisi ubi causa est dubia; causa vero, pro qua stat praesumptio juris, et de jure, non est dubia, sed pro certa habetur. 4. ex praesumptione juris, et de jure ferri potest sententia. In hoc effectu convenit cum praesumptione juris tantum, sed multo magis hoc convenit praesumptioni juris, et de jure; quia haec sola censetur absolute esse plena probatio, et pro absoluta veritate habetur; praesumptio vero juris tantum pro veritate habetur solum tamdiu, quamdiu per contrariam probationem non eliditur.

12

Dixi autem regulariter contra praesumptionem juris, et de jure probationem non admitti; nam plures sunt exceptiones. Et quidem, 1. contra eam admittitur *probatio indirecta*; Menoch. *q.* 65. *n.* 1. *et seq.* Vallens. *hic* §. 1. *n.* 4. *et* §. 4: *n.* 9. Pirhing *n.* 10. Vviest. *n.* 35. Ratio est, quia hujusmodi probatio non tendit immediate ad probationem ejus, cujus contrarium jus praesumit; sed solummodo ostendit non dari praesumptionem, sive non adesse qualitates, et circumstantias ad illam requisitas a lege. Sic etsi contra eam, quae post matrimonium metu contractum diu cohabitavit marito, sit praesumptio juris, et de jure, quod metum remiserit, si tamen probet idoneis argumentis, quod violente, et coacte tamdiu cohabitaverit marito, purgati metus praesumptio tollitur.

2. *Allegatio notorii;* Menoch. *q.* 67. *a n.* 1. Everhard. *legal. arg. loc.* 11. *n.* 20. Vall. *hic* §. 4. *n.* 10. Zoes. *n.* 7. Pirh. *n.* 11. Vviest. *n.* 36. Ratio est, quia probatio, quae fit per evidentiam facti, nunquam censetur exclusa; cum enim constet certo et evidenter de veritate, cessat dubium, circa quod versatur praesumptio. Ubi tamen distinguendum inter *notorium permanens*, et inter *notorium facti transeuntis;* primum, etsi probatione non indigeat, debet tamen allegari; alterum non solum allegari, sed etiam probari per testes debet, ut recte aliis *cit.* monet Pirh. *loc. cit.*

13

3. *Confessio judicialis* facta ab eo, pro quo, et in cujus favorem stat praesumptio juris et de jure est adversus tutorem pro pupillo, quod res in inventario a tutore descriptae vere fuerint in bonis defuncti; quodsi tamen pupillus major factus fateatur res illas per errorem fuisse descriptas in inventario, praesumptioni praevalebit confessio; item est praesumptio juris et de jure pro sententia, quae transiit in rem judicatam; si tamen is, in cujus favorem sententia illa lata est, fateatur rem aliter se habere, cessat praesumptio; Menoch. *q.* 61. *a n.* 1. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 638. Vvago. *in rub. h. tit. not.* 5. Vvesenb. *ff. eod. n.* 16. Vall. §. 1. *n.* 4. Zoes. *n.* 6. Vivian. *n.* 37. Ratio est, quia licet praesumptio juris, et de jure a lege habeatur pro veritate, non tamen est ipsa veritas: igitur si per confessionem, quae est optima veritatis probatio, detegatur veritas, praesumptio vim habere non potest.

4. *Confessio extrajudicialis*, ut vult Bald. *in l. in contractibus* 14. *princ. C. de non num. pec. n.* 7. Menoch. *q.* 61. *cit. n.* 16. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 640. quamvis enim tam certa non sit, quam sit confessio judicialis, tamen etiam ipsa saepe vim plene probandi habet: igitur saltem in iis casibus admittetur contra praesumptionem juris, et de jure, quando vim plene probandi habet, et quando serio facta est, ac deliberate, talisque per idoneos testes in judicio legitime probatur. Urget pro hac eadem ratio, quam dedi pro confessione judiciali. Contrarium tenent Alciat. *de praesumpt. prael. p.* 2. *n.* 5. Mascard. *de probat. proem. q.* 10. *n.* 52. Zoes. *ff. de probat. et praes. n.* 17. Vviest. *hic. n.* 38.

14

5. *Probatio per testes.* De numero testium non conveniunt DD. nam aliqui requirunt quinque; *arg. l. generaliter* 13. *C. de non numer. pecun.* aliis sufficiunt duo, vel tres legales, seu omni exceptione majores; Tertia sententia ope distinctionis duas praecedentes, inter se dissidentes conciliat; transmittit enim duos, vel tres testes non sufficere ad probandum directe contra praesumptionem juris, et de jure, vult autem sufficere, si contrarium per eos probetur solum indirecte; Menoch. *qu.* 95. *n.* 1. Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 643.

6. *Probatio per instrumentum publicum*; Mascard. *q.* 10. *cit. n.* 72. quia instrumentum publicum rem facit liquidam, et evidentem, habetque pro se praesumptionem veritatis.

7. Denique praesumptio juris, et de jure cessat, si contra ipsam admissa sit probatio, parte non opponente; Menoch. *q.* 68. *n.* 1. *et* 2. Haun. *n.* 647. Pirh. *n.* 11. Vviest. *n.* 42. Ratio est, quia adversarius, qui non opposuit, videtur tacite consentire, adeoque re-

nuntiare juri suo. Intellige, si tamen renuntiare eidem potuit; aliud enim est in his, quae non pendent a voluntate partium, ut in causis criminalibus.

15

Quaeritur 7. an ex nudis praesumptionibus in causa criminali sententia ferri, et reus condemnari possit? Dixi *n.* 10. de praesumptione juris, et *n.* 6. de praesumptione violenta hominis ex ea procedi posse ad sententiam definitivam in causis civilibus; nam ita DD. communiter cum Abb. *in c.* 2. *hoc tit. n.* 5. ubi tamen monet consultum esse, ut eo casu judex praesumptionem illam in actis scribi jubeat, ut si forte appelletur, sententia ex actis justificari possit. Controversia igitur tantum superest in causis criminalibus, in qua tres omnino sunt DD. sententiae. Inter has *prima* contendit reum, ob praesumptionem etiam violentam damnari non posse, sed absolvendum. Ita Ant. Gomez; *var. l.* 3. *c.* 12. *n.* 25. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 97. *n.* 6. Fachin. *l.* 1. *contr.* 29. Vivian. *in c.* 14. *hoc tit. in ration.* Pirbing *hic n.* 49. Engl. *n.* 4. Probat sententiam hanc ex variis juris textibus. 1. *can. nos* 1. *caus.* 2. *q.* 1. ubi s. Augustinus, *nos in quenquam*, inquit, *sententiam ferre non possumus*, *nisi aut convictum*, *aut sponte confessum.* 2. *c. litteras* 14. *hoc tit.* ibi; *Propter solam suspicionem*, *quamvis vehementem*, *noluimus illam tam gravi crimine* (nempe haeresis) *condemnare* 3. *l. absentem* 5. *pr. ff. de poenis* ibi; *Sed nec suspicionibus debere aliquem damnari divus Trajanus Assiduo Severo rescripsit*, *satiusque esse impunitum relinqui facinus nocentis*, *quam innocentem damnari.* 4. *l. qui sententiam* 16. *C. de poenis*, ubi aperte habetur ad poenam sententiam non aliter perveniri posse, nisi reus fuerit confessus, vel probationibus clarissimis convictus. 5. *l. fin. C. de probat.* ubi ad sententiam ferendam in criminalibus requiruntur probationes indubitatae, et luce meridiana clariores. 6. *Exemplo Salomonis*, qui ut refertur *c. asserte* 2. *hoc tit.* ob praesumptionem ex materna pietate ortam infantem quidem jussit restitui matri, meretrici tamen cum hac litiganti ratione impudentiae, et temeritatis poenam non inflixit. 7. *ratione*; quia in civilibus causis regulariter favorabiliores sunt partes rei quam actoris, et proniores debemus esse ad absolvendum, quam condemnandum; *l. Arrianus* 47. *ff. de O. et A.* igitur multo magis obtinebit in criminalibus, cum plus utique sit alicui vitam, et sanguinem, quam pecunias, et modica temporalia eripere.

16

Secunda sententia priori directe opposita vult ex indiciis, et praesumptionibus violentis, et quae moralem certitudinem inducunt,

*28 **

condemnari aliquem posse etiam ad poenam ordinariam, licet de cetero neque convictus, neque confessus sit. Ita Ant. Matth. *de crim. probat. tit.* 15. *c.* 6. cum aliis. Fundant se AA. isti 1. textu *cap. litteris* 12. *hoc tit.* ubi ex actibus adulterio propiuquis judicatur adulter manifestus; *l. fin. C. de probat.* ubi ad condemnationem in causis criminalibus statuitur sufficere etiam indicia. 3. *l. observare* 2. *C. quor. appell. non recip.* ubi habetur argumentis, h. e. praesumptionibus convicti appellationi non deferendum. 4. *l. siquis* 34. *C. ad leg. jul. de adult.* ubi qui adulterii accusati, obtentu consanguinitatis suspicione criminis objecti se liberarunt, si deinde nuptias cum ea, cum qua adulterium commisisse accusabantur, inierunt, ex praesumptione ista condemnantur tanquam convicti. 5. *cap. sicut* 1. *hoc tit.* et ibi DD. eum, qui alterum occidit, vel convitium illi dixit, condemnant ad poenam ordinariam ex sola hac praesumptione, quod factum id sit ex maligno occidendi, vel convitiandi animo. 6. *ratione*; nam delicta evidenter probata possunt utique puniri poena ordinaria: ergo cum praesumptiones vim probationis habeant, poterit quoque secundum illas, si evidentes sint, ordinaria poena infligi, praesertim in delictis occultis, ut in simonia, incestu, adulterio, quae sunt difficillimae probationis, ne alias semper maneant impunita, et reddantur improbabilia.

17

Tertia sententia inter utramque priorem media est: Docet haec reum quidem in criminalibus ex violentis praesumptionibus puniri posse, non tamen poena ordinaria, sed mitiori ad arbitrium judicis. Ita Tiraquell. *de poen. temperand. cas.* 27. *n.* 2. Menoch. *de praesumpt. q.* 58. *n.* 18. *et* 19. Vagn. *in c.* 14. *hoc tit. not.* 3. Nituntur etiam ipsi authoritate juris; canonici quidem *c.* 14. *cit. et c.* 10. *de purg. canon.* ubi de haeresi graviter suspecto, non tamen convicto extraordinaria poena injungitur; civili autem *l. vim passam* 39. *§. mulierem* 4. *ff. ad leg. jul. de adult.* ubi mulier ex societate latronum suspecta erat de adulterio; quia tamen convinci non poterat, poena extraordinaria exilii punita est.

18

In hoc interpp. et DD. dissidio, juriumque varietate videtur res optime expediri ope distinctionis. Et hinc ad quaestionem *n.* 15. propositam respondeo 1. ob *levem praesumptionem*, seu *modicam suspicionem* nemiuem damnari posse sive ad poenam ordiuariam, sive ad extraordinariam. Patet ex *n.* 6. ubi huic praesumptioni negata est omnis probandi vis. Et hoc multo magis urget in criminalibus; quia cum salus, aut existimatio hominis in discrimen adducitur non temere levibus, et vanis rumoribus fides est adhibenda, cum iisdem saepe etiam falsa jactentur.

Resp. 2. Ex *praesumptione juris, et de jure* condemnari aliquem posse etiam ad poenam ordinariam. Ita Henr. Canis. *in c.* 14. *hoc tit. n.* 3. Barbos. *ibid. n.* 4. *et in cap.* 2. *cit.* 7. cum aliis. *Ratio* est quia in his lex praesumit, et super illis statuit firmum jus. Igitur lex, quod sic praesumit, approbat tanquam veritatem indubitatam; judex autem sequi sententia sua veritatem debet. Igitur nisi aliquo ex modis *a n.* 12. relatis elidatur praesumptio, secundum illam debet ferri sententia.

19

Resp. 3. *Si indicia, et praesumptiones vehementes* contra reum urgeant, ex iis posse in foro canonico quidem indici reo purgationem canonicam; in civili autem procedi posse ad torturam, ut sic aut confessione propria se reum faciat, aut tormentis praedictas praesumptiones purget; ad condemnationem tamen ex iisdem indiciis, etsi urgentia sint, nisi moraliter certa sint, in causa criminali procedi non posse. Ita cum Abb. *in c.* 9. *hoc tit. n.* 2. docent communiter DD. Et quidem, quod indici reo possit *purgatio canonica*, patet ex *c. fin.* §. *sane de jurejur. et c. siquis* 4. *de purgat. canon.* Quod ad *torturam* sufficiant, clari habentur textus *l. milites* 8. §. *oportet* 1. *C. et l. unius* 18. §. *reus* 1. *ff de quaest.* Neque dissentiunt AA. primae sententiae. Quod reus immunis a tortura sit, nisi aliae fortiores probationes accedant, potius ex defectu probationum absolvi, quam condemnari debebit, ne forte condemnetur innocens. Quod denique ad *sententiam condemnatoriam* ex his indiciis procedi nequeat, colligitur ex *l. fin. C. de probat.* ubi ad sententiam ferendam in causa criminali requiruntur probationes indubitatae, et luce clariores. *Ratio* est, quia ut statuatur certa poena, necesse est, ut certum sit delictum; alioquin inter poenam et delictum non esset aequalitas. Atqui ex hujusmodi praesumptione non oritur talis certitudo: ergo etc.

20

Resp. 4. Si *praesumptiones* sint *vehementissimae*, sive deinde illae sint juris, sive hominis, et ortae ex actibus delicto proximis, et huic ordinarie semper connexis, adeoque moraliter certis, et indubitatis, ex iis in causis criminalibus ad poenam etiam ordinariam infligendam procedi potest a judice, praesertim in criminibus occultis, et quae sunt difficilis probationis. Ita Abb. *in c.* 14. *hoc tit. n.* 5. Farin. *prax. q.* 86. *n.* 55. *et seqq.* Menoch. *l.* 5. *praesumpt.* 41. *n.* 1. *et seqq.* Laym. *l.* 3. *theol. tr.* 6. *c.* 2. *n.* 6. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 21. *n.* 165. Gonzal. *in c.* 14. *hoc tit. n.* 7. Card. Sfondrat. *de leg. in praesumpt. fund. p.* 1. §. 6. *n.* 3. Konig. *hic n.* 23. P. Vviest. *n.* 24. *et seqq.* et novissime clariss. P. Schmier *process. judic. cap.*

12. *n.* 41. *et seqq.* Videtur de jure civili sententia indubitata, ut patet ex textibus *n.* 16. pro secunda sententia allegatis. Neque dissentiunt ss. canones *c. quia* 10. *h. tit.* quo contra valde magnam praesumptionem juris dicuntur non facile admittendi testes; *c. litteras* 12. *eod.* ubi ex talibus praesumptionibus mulier tanquam adultera condemnata est, neque divortium tantum permissum marito, sed illi, etiam hoc mortuo, alterius conjugii spes adempta; *c. de hoc* 11. *de simon.* ubi deficiens in purgatione canonica punitur poena ordinaria; similia habentur *c. porrecta* 9. *de confirm. ut et inut. c. cum contumacia* 7. *de haeret. in* 6. *et c. pro humani* 1. §. *sacri de homicid. in* 6. Ratio est, quia hujusmodi praesumptiones non minus, quam testes, constituunt plenam criminis probationem, cum moralem ejusdem certitudinem pariant: quae debet sufficere, cum non majorem pariant depositiones duorum, vel trium testium. Accedit, quia alias adulteria, incestus, et alia hujusmodi crimina occulta vix unquam puniri poena ordinaria possent, si hujusmodi probationes non sufficerent ad condemnandum, cum aliter probari non possint; adeoque frustra, et inutiliter statuta ipsis esset ordinaria poena.

21

Neque obstant argumenta primae sententiae *num.* 15. allata. *Ad* 1. reus, qui hujusmodi praesumptionibus vehementissimis gravatus est, pro convicto haberi debet, quippe cum prudenter negare non possit, id scelus a se commissum esse, pro cujus commissione stat certitudo moralis. *Ad* 2. *cap.* 14. *citat.* pontifex agit de praesumptione, non violenta, et vehementissima, sed de vehementi tantum, seu tali, quae nata est ex indiciis multum quidem, sed non valde urgentibus, aut ex actibus valde quidem frequenter, sed non semper, et ordinarie connexis cum delicto, prout patet ex textu ibi; *ob solam suspicionem, quamvis vehementem. Ad* 3. *l. absentem cit.* non affirmatur neminem ex praesumptione esse damnandum, si praesumptio sit violenta, indubitata, et talis, quae non possit deficere; sed tantum dicitur ex suspicionibus sententiam proferri non posse, cum suspicio nihil aliud sit, quam conjectura sumpta ex indiciis levibus. *Ad* 4. patet ex hactenus dictis per praesumptiones vehementissimas obtineri probationem perfectam, et manifestam, cum obtineatur moralis certitudo. *Ad* 5. dum *l. fin. cod. de probat.* requiruntur probationes indubitatae, et luce meridiana clariores, id intelligi debet quantum ad subjectam materiam; nam *ut num. praeced. in fine* dixi, aliqua crimina talia sunt, quae aliter, quam ex praesumptionibus violentis probari nequeunt. *Ad* 6. indicia, quibus praesumptio, et in hac fundata Salomonis sententia

nitebatur, vel non fuerunt vehementissime urgentia, vel si fuerunt talia, ideo Salomon ita convictae poenam nullam inflixit, quia fuit solum conventa civiliter, et ad vivi infantis restitutionem. *Ad* 7. ita faveri oportet reo, ut crimina non maneant impunita, sed ut *num. praeced.* dixi, nisi praesumptiones violentae sufficerent ad condemnandum, crimina occulta plerumque manerent impunita, aut saltem rarissime puniri poena ordinaria possent.

22

Argumenta *tertiae sententiae* confirmant responsionem nostram; nam textibus *ibi citt.* poena ordinaria non est imposita, quia de delicto non constabat, nisi ex suspicione: quia tamen huic suspicioni causa data est per aliud delictum, idcirco hoc, non ipsa haeresis, aut adulterium punitum est poena extraordinaria.

Debet autem hic judex, quando ex praesumptionibus etiam violentis ad puniendum crimen procedit, caute dispicere ipsas circumstantias, et praesertim gravitatem criminis; nam quanto crimen est gravius, tanto ad condemnandum requiruntur fortiores, et vehementiores praesumptiones, ut notant Abb. *in cap.* 14. *hoc tit. num.* 3. Laym. *in c.* 2. *eod. n.* 3. Pirh. *hic n.* 49. et ratio est, quia cautius agendum est, ubi periculum majus vertitur; *c. ubi periculum* 3. *princ. de elect. in* 6.

§. II.

Regulae praesumptionum.

SUMMARIUM

23 24 *Praesumptiones violentae non oriuntur, nisi ex violentis, et vehementissimis conjecturis.*
25 26 27 *Non violenta ducuntur ex communiter contingentibus.*
28 29 30 *Qualis res est, si talis manere possit, praesumitur adhuc talis esse, et talis mensurae, nisi probetur mutatio.*
31 32 *Qualitas, quae naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur.*
33 34 35 *Facta, de quibus dubium est, quo animo facta sint, in meliorem partem interpretari debemus.*
36 37 *Quilibet praesumitur bonus, nisi probetur malus.*
38 39 40 *Fortior praesumptio praevalet debiliori.*
41 42 *Quid praesumatur de crimine commisso, si quis fugiat?*

23

Regula I. *praesumptiones violentae non oriuntur, nisi ex violentis, et vehementibus conjecturis.* Ita. 1. In dubio, an aliquis ex hoc patre, vel ex illa matre sit genitus, recte sumitur conjectura ex affectu dilectionis, cum natura sit, ut parens prolem suam diligat, nullusque affectus extraneus paternum vincat; *l. cum furiosus 7. princ. cod. de curat. furios.* E contrario pater, vel mater non esse praesumitur, si filium non diligat, aut odio habeat; *cap. afferre 2. hoc tit.* ubi Salomon litem inter duas mulieres de filio contendentes diremit ex affectu matris malentis carere filio, quam videre divisum.

2. Adversus eum, qui fassus est se recepisse pecuniam, et intra biennium non objecit exceptionem non numeratae pecuniae, est praesumptio juris, et de jure, quod eam receperit, ita, ut elapso biennio, non admittatur exceptio, aut probatio, ut patet ex *toto tit. cod. de non num. pecun.*

24

3. Olim cognoscens sponsam suam de futuro praesumebatur id fecisse affectu conjugali, et sic non permittebatur amplius ab ea recedere; tanquam matrimonio contracto, et consummato; *cap. is qui*

fidem 30. *de sponsal.* ubi deciditur sponsalia de futuro per carnalem copulam subsecutam transire in sponsalia de praesenti. Sed haec praesumptio sublata est nunc per *Trid. sess.* 24. *c.* 1. *de reform.* ubi irritantur matrimonia clandestina, seu non contracta coram parocho, et testibus.

4. Si testes deponant se vidisse aliquem solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto jacentem, praesertim in loco secreto, et abdito, recte probatur adulterium ad ferendam sententiam non tantum divortii, sed etiam poenae ordinariae; quia indicia haec sunt nimis violenta, et si illa non sufficerent, vix imponi unquam posset poena ordinaria adulterii, cum hoc aliis majoribus probationibus vix unquam probari possit; *cap. litteris* 12. *hoc tit.*

5. Universim, quando actus non potest directe probari per visum, vel alium sensum immediatum, et proprium, tunc sufficit, si testes deponant super actibus propinquis, dummodo addant, se ita credere; adeoque tali casu sufficit testimonium de credulitate, cum de scientia haberi non possit. Patet ex *cap. litteris citat.* juncta gloss. *ibid. V. credebant*, et confirmatur ex *c. tertia* 13. *et ibi* gloss. *V. dicta sunt tit. eod.* Dixi autem, *si testes deponant super actibus propinquis*; nam ex solis osculis, et amplexibus, nisi concurrant alia adminicula, suspicio adulterii violenta non inducitur; quia sunt actus tantum remoti, qui saepe cum adulterio, et fornicatione non conjunguntur.

Regula II. *Praesumptiones non violentae ducuntur ex communiter contingentibus.* Et sic

25

1. Quia delicta communiter junguntur dolo, in dubio semper praesumitur dolus; seu damnum, quod injuste datum est alteri, semper praesumitur dolo malo illatum, et animo nocendi; *c. sicut* 1. *hoc tit.*

2. Inter personas valde propinquas non debet praesumi incestus; quia *naturale foedus*, h. e. naturalis conjunctio sanguinis *inter tales personas nihil permittit saevi criminis suspicari*, ut dicitur *cap. cum in juventute* 15. *hoc tit. et cap. a nobis* 9. *de cohabit. cler. et mulier.*

3. Siquis ex duobus sibi propositis, et objectis unum tantum negat, alterum tacite confiteri, seu affirmare censetur; et e contrario, si unum confiteatur, alterum tacite censetur negare; *cap. nonne* 9. *hoc tit.* Excipitur, si una res cohaereat alteri, et accessorie veniat; nam in his, ut recte advertit Henric. Canis. *in cap. nonne cit. n.* 2. unam negans, aliam affirmare non censetur, e. g. si creditor repetat debitum suum una cum eo, quod interest,

et reus neget debitum, non idcirco censebitur confessus id, quod interest.

26

4. Vicinus praesumitur scire, quae in vicinia facta sunt; *cap. quosdam* 7. *h. tit.* Et hinc si testis productus, et interrogatus in judicio dicat: *scio*, *quia vicinus sum*, recte concludit; similiter recte probat, si testis productus negat se scire, et in probationem sui dicti allegat, quod sit vicinus. Intelligi autem hoc debet de factis, quae sunt communiter nota in eo loco, ut monet Pirh. *hic n.* 38. nam si non sunt publice nota in illo loco, non praesumuntur vicini illa scire, et cons. allegauti ignorantiam credendum est, nisi allegans talis sit, qui ex officio tenebatur factum indagare; et ratio est, quia secundum *reg.* 47. *in* 6. regulariter *praesumitur ignorantia* facti alieni, *ubi scientia non probatur*.

5. Factum in loco remoto notum praesumitur etiam notum in loco vicino; *cap. quanto* 8. *h. t.* Ratio est, quia notitia alicujus facti melius, et facilius haberi potest in loco vicino, et propinquiore, quippe ex quo fama primum ad loca remotiora propagatur. Admittitur tamen contra hanc juris praesumptionem probatio in contrarium, si sc. is, qui negat se scire, probabili argumento ostendat rei illius ignorantiam.

27

6. Qui dilationes in judicio quaerit, aut illud declinat, praesumitur nocens; e contrario innocens praesumitur, qui se offert judicio; *cap. nullus* 4. *h. t.* Ratio est, quia qui se offert judicio, censetur confidere justitiae suae causae, sicut eidem censetur differre, qui judicium subterfugit, aut dilationes quaerit.

7. Qui beneficium pingue cum tenui, vel honorificum cum minus honorifico permutat, praesumitur fraudulenter, et per simoniam permutationem istam fecisse; *cap. quia verisimile* 6. *h. t.* Ratio est, quia non est verisimile, quod quis beneficium majus cum minore, pingue cum tenui gratis, et alio simili non recepto permutaturus sit, cum de nemine praesumendum sit, quod res suas, sive bona jactare velit. Potest tamen suspicio haec purgari indiciis contrariis, ut fieret, si beneficium pingue sit valde laboriosum, tenue vero quietum, et permutans homo senex, nec par laboribus etc. Hac omnes praesumptiones sunt juris praesumptiones; quia a jure sunt approbatae, et constat ex textibus *cit.*

28

Regula III. *Qualis res est, si talis manere possit, praesumitur adhuc talis esse, et talis mansura, nisi probetur mutatio.* Sic

1. Praesumitur quisque liber, nisi probetur servus, cum a natura quilibet liber sit. Proceditque hoc non tantum in personis, sed etiam in rebus, et fundis; cum enim ab origine sua quodlibet praedium liberum sit, tale censeri, et pro allodiali haberi debet, donec probetur contrarium; *l. si in aedibus* 9. *et l. seq. C. de servit.*

2. Filius ex legitimo matrimonio natus praesumitur esse in patria potestate, nisi probet emancipationem, et liberationem ab ejus potestate; *leg. si filius* 8. *ff. de probat.*

3. Ut olim fuerunt termini confinium, etiam hodie esse praesumuntur, nisi probentur mutati; *l. in finalibus* 11. *ff. fin. regund.*

4. Quae semel ordinavit testator, praesumitur non mutasse; *l. eum qui* 22. *ff. de probat.* et quibus legatis, aut fideicommissis oneravit haeredem institutum, iisdem praesumitur onerare voluisse etiam substitutum; *l. licet* 74. *ff. de legat.* 1.

29

5. Qui olim possedit, etiamnum, atque ex eodem titulo possidere praesumitur; *arg. cap. olim* 17. *de rest. spoliat.*

6. Qui status rei fuit praeterito tempore, praesumitur mansurus etiam pro futuro; *cap. scribam* 9. *h. t.* Excipe in his, quae temporis cursu necessario, aut verisimiliter immutantur: sic enim qui olim fuit puer, non praesumitur semper mansurus puer, cum id naturae repugnet: nec qui in pueritia nescivit litteras, praesumitur etiam futuris temporibus semper imperitus, cum verisimile sit hominem successu temporis posse discere, quae antea ignorabat.

7. Ex bona conversatione in adolescentia praesumitur puer etiam bonus futurus in virili aetate, et senectute; *cap. ex studiis* 3. *h. t.* et concordant *proverb. cap.* 22. *vers.* 6. ubi sapiens, *adolescens*, inquit, *juxta viam suam, etiam cum senuerit, non recedet ab ea*. Fallit tamen nonnunquam haec praesumptio, et loco illius verificatur tritus ille versus

Angelicus juvenis senibus sathanizat in annis.

30

8. Qui in juventute fuit continens non praesumitur in senectute incontinens, maxime si sit litteratus; *c. cum in juventute* 15. *h. t.* quia concupiscentia cum ceteris vitiis in senectute praesumitur diminui, teste Seneca; *cum cetera vitia cum homine senescant, sola avaritia juvenescit.*

9. Qui diu negligens fuit tempore praeterito, praesumitur etiam tempore futurus negligens; *c. scribam cit.* Et universim, qui semel deprehensus est malus in aliquo genere mali, praesumitur etiam po-

stea in eodem futurus malus; *Reg.* 8. *in* 6. et vice versa semel bonus semper praesumitur bonus, nisi malus probetur, vel de contrario constet, ut tradit Dynus *in reg.* 8. *cit.* et ratio est, quia mutatio est aliquid facti, et ideo non praesumitur, sed probari debet.

31

Regula IV. *Qualitas, quae naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur.* Sic

1. In senibus praesumitur prudentia; *l. semper* 5. *ff. de jur. immunit.* in minoribus inconsulta facilitas, et ignorantia; *l. siquis* 3. *ff. ad S. C. Macedon.* in foeminis loquacitas, imbecillitas, et timiditas; *l. et primo* 2. *ff. ad S. C. Vellejan.*

2. Parentes praesumuntur amare liberos, et vicissim; *arg. l. si pupillorum* 7. §. *si pater* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tutel. etc.* quia amor illis innatus est; item potens generare praesumitur quilibet, qui debitam aetatem habet, nisi probetur impotens, et quia vita hominis hodie 100. annorum terminis circumscribitur, nemo ultra illos extensurus vitam praesumitur; Menoch. *lit.* 6. *praes.* 49. *n.* 1.

3. Si duo simul pereant naufragio, incendio, vel alio casu repentino, praesumitur infans periisse ante maritum, senex ante juvenem, infirmior ante fortiorem; *l. cum pubere* 22. *et l. si mulier* 23. *ff. de reb. dub.* Excipitur, si concurrant circumstantiae morbi praecedentis in aliquo, vel adsit aliud adminiculum praesumptionem legis cessare faciens: ut ex Paulo Zacchia optime advertit illustrissimus Petra *comment. to.* 1. *fol.* 506. *n.* 80. ubi addit morbum hunc talem esse debere, qui vires adeo extenuet, ut imbecillitati alterius aequiparetur; alias vim et efficaciam praesumptionis legalis non tollet.

32

4. Quilibet creditur idoneus ad officium, beneficium, vel actum aliquem exercendum, nisi probetur contrarium; *cap. fin. h. t.* Hujus praesumptionis beneficio liberatur ab onere probandi idoneitatem, qui beneficium impetrat, et onus probandi contrarium incumbit neganti ipsum tales qualitates habere. Praesumptio haec tamen non impedit, quin is, qui promovere aliquem ad beneficium, vel officium cupit, inquirere debeat de idoneitate promovendi. Imo praesumptio pro idoneitate, et habilitate tum solum fit, quando post inquisitionem factam vitium, vel defectus non apparet.

Dixi autem in regula, *qualitas, quae naturaliter inest homini*; nam qualitates extrinsecae, et accidentales, quae a natura non insunt, non praesumuntur, sed probari debent: et tales sunt, quod aliquis studuerit in academia, quod sit doctus, quod gradum in litteris habeat, quod dives sit etc. *Excipe*, nisi sit aliquid connexum cum

eo, quod patet; sic si clericus afferat litteras formatas, ex quibus constat eum esse sacerdotem ordinatum, praesumptio fieri potest, quod etiam minores ordines legitimos acceperit.

33

Regula V. *Facta, de quibus dubium est, quo animo facta sint, in meliorem partem interpretari debemus*; *c. estote* 3. *de R. J.* Et hinc nascitur alia regula, quod nunquam capiatur praesumptio delicti. Intellige, in iis actibus, qui sunt indifferentes ex se. ut licite, vel illicite fiant; nam si actus malus sit, ut *n.* 25. dictum est, semper in eo dolus praesumitur.

Ex ista regula 1. in possidente praesumitur bona fides, nisi jus commune possessioni ejusdem resistat, aut alius adsit possessor antiquior, vel aliis argumentis mala fides possessoris probetur; *arg. l. non ex eo* 30. *Cod. de eviction.*

2. Quando dubitatur, an aliquid sit sponte, an ex metu factum, praesumitur sponte factum, ne in altero praesumatur delictum; *arg. l. cum te* 2. *C. de his, quae vi etc.*

3. Quando princeps aliquid agit, de quo est dubium, an id fecerit ex justa causa, ad valorem actus requisita, praesumptio stat pro principe, saltem in iis, quae sunt juris humani; *Clem. unic. de probat.* et respectu subditorum; nam his non debet princeps causam probare.

34

4. Quando dubitatur, an rite processum sit in judicio, praesumitur pro justitia processus, et pro judice quod officio suo sit rite functus; *can. absit* 14. *caus.* 11. *q.* 3. *et l. fin.* ibi; *quod non arbitramur C. de offic. civil. judic.*

5. Generaliter praesumitur pro quovis officiali quoad ea, quae spectant ad officium ejus, quod recte administraverit; unde si aliquid neglectum sit, praesumitur potius alterius, quam officialis culpa id accidisse. Limitatur tamen, nisi aliquid accidat contra naturam injuncti officii, v. g. si incarceratus evadat; nam praesumitur negligentia custodis factum.

6. Pro electo praesumitur, quod sit sufficiens, et dignus officio, ad quod eligitur; *can.* 14. *cit.* pro doctore, quod habeat scientiam requisitam, etiam antequam specimen edat; *arg. l. un. C. de professor. qui in urbe etc.* et universim pro peritis in arte, quod non fallant, quando consuluntur super re ad artem ipsorum pertinente; *arg. l. semel* 6. *C. de re militar.*

35

7. Qui facit in suo, quod sibi aliquo modo prodest, etsi alteri tertio noceat, praesumitur tamen facere animo sibi commodandi,

non alteri nocendi, ut siquis in fundo suo extruat molendinum, per quod alterum molendinum patitur diminutionem aquae, et lucri.

8. Ex duobus digladiatoribus, si unus occubuit, praesumitur fuisse aggressor, nisi constaret duellum fuisse utriusque consensu initum; et hoc favore viventis, qui etiam praesumitur servasse moderamen inculpatae tutelae, nisi probetur contrarium.

9. Servus delinquens praesumitur deliquisse absque consensu domini, et ideo dominus non tenetur in solidum, sed solummodo servum dare noxae; *l. si servus* 2. *ff. de noxal. action.*

10. Huc pertinent omnes causae favorabiles, quales sunt causae matrimoniales, ubi pro matrimonio; liberalitas, ubi pro libertate; dotis, ubi pro dote; venditi, ubi pro emptore; stipulationis, ubi pro promissore praesumitur per ea, quae notat Sichard. *in lib.* 9. *cod. de nuptiis.*

36

Regula VI. *Quilibet praesumitur bonus, nisi probetur malus.* Sumitur ex *cap. fin. hoc tit. Neque obstat* status naturae corruptae, in quo versamur, quique proclives ad malum facit; nam pronitas haec ad malum vinci potest per bonam educationem, et liberum exercitium virtutum, ac vitiorum extirpationem, neque enim vitia nobis a natura insunt, sed virtutes, saltem secundum aptitudinem, etsi non secundum perfectionem, ut *ethic.* 2. dicitur, et notat Pirh. *hic n.* 42. Habet tamen haec regula plures exceptiones, ut videre est apud Jordan. *lib.* 14. *tit.* 21. *a num.* 154. Vvagnereck *in cap. fin. cit.* Pirh. *n.* 42. *cit.* et alios.

Excipitur enim 1. si talis praesumptio vergat in praejudicium tertii; tunc enim non facile unicuique credendum est. Hinc judex, etsi alias sit vir optimus, si tamen amicus, aut familiaris admodum sit parti adversae, recusari potest ex suspicione, ne faveat magis illi parti, cui amicus ita, et familiaris est.

37

Excipitur 2. si praesumptio bonitatis esset in praejudicium ejus, pro quo praesumitur. Casus est *l. qui jurasse* 26. *§. si pater* 1. *ff. de jurejur.* ubi si pater juravit nihil esse in peculio filii, filius nihilominus convenitur ex contractu suo, et de peculio postea acquisito; nam si praesumeretur non pejerasse pater, fundata esset intentio adversarii, quod illud peculium esset auctum post interpositum juramentum.

Excipitur 3. si agatur de utilitate, seu salute animae; nam in foro conscientiae, ubi dubium est, melius est praesumere delictum, quam non delictum: sic in dubio, an quis irregularis sit, praesumere debet se esse irregularem, et abstinere ab altaris mini-

sterio ; sic siquis in testamento confessus est se fuisse usurarium , agi contra haeredem in eo institutum potest , ut restituat omnia , quae testator acqnisivit toto vitae suae tempore ; quia praesumitur omnia per usuram acquisivisse , nisi ostendatur contrarium.

Excipitur 4. Si praecesserint conjecturae , et circumstantiae , quae praesumptioni bonitatis praeponderant , et dolum praesumi faciant.

38

Regula VII. *Concurrentibus pluribus praesumptionibus , quae inter se pugnant , fortiores praevalent debilioribus* per textus *cap. transmissae* 3. *qui fil. legit. et l. divus* 7. *junct.* gloss. *V. existimari ff. de in integr. restit.* Proceditque hoc etiam in concursu , quo conjunguntur praesumptio hominis , et praesumptio juris ; nam si praesumptio hominis validior , et verisimilior est , contra juris etiam praesumptionem praevalet; *arg. l. Lucius* 93. §. *quaesitum* 3. *ff. de legat.* 3. *ratio est* , quia cum jus partium in foro externo desumatur ex allegatis , et probatis , quanto fortior , et potentior est praesumptio , quae allegatur , tanto certius est jus , quod ex illa desumitur.

Porro ad cognoscendum , quaenam praesumptio sit fortior altera , authores communiter afferunt sequentes regulas. 1. ceteris paribus potentior est praesumptio , quae stat pro valore actus; *l. quoties* 12. *ff. de reb. credit.* Et hinc papa beneficium conferens ei , quem scit aetatis , aut natalium defectu laborare , censetur dispensare in eo defectu; Menoch. *lib.* 6. *praesumpt.* 4. *num.* 4. *Procedit* autem hoc in causis favorabilibus , et quando ad validandum actum non est opus nimis magna verborum improprietate ; secus in odiosis , et ubi benigniorem sensum proprietas verborum respuit.

39

2. Praesumptio pro parte benigniori praevalet praesumptioni contrariae; *arg. l. semper* 56. *ff. de R. J.* Hinc si aliquis ex duplici titulo sit debitor , et debitum solvat non expresso titulo solutionis , praesumitur ex illo solvisse , qui ipsi solventi plus commodi affert.

3. Praesumptio excludens peccatum vincit praesumptionem , quae illud supponit ; sic proles , de cujus parentibus non constat , potius censetur ex matrimonio , quam ex fornicatione nata.

4. Praesumptio , per quam magis consulitur animae , fortior est contraria praesumptione : sic etsi quilibet praesumatur potius bonus , quam malus , tamen qui semel est excommunicatus , in dubio adhuc praesumitur excommunicatus , donec constet esse absolu-

tum : neque sufficit, si ex quibusdam circumstantiis videatur esse absolutus; quia id animae tutius est.

5. Praesumptio fundata in illis, quae sunt de substantia actus, praeferri debet illi, quae fundatur in defectu solemnitatis; v. g. aliquis scripsit in testamento minus solemni haeredem, si quaeratur, an talis debeat praesumi voluisse conficere testamentum, dicendum est potius voluisse, quam noluisse ob omissam solemnitatem.

40

6. Praesumptio fundata in naturali impotentia praevalet praesumptioni fundatae in humanis conjecturis: e. g. aliquis alteri minatus est mortem, et hic deinde occisus est; sed quia qui minas fecit, probare potest se tunc temporis tam procul abfuisse, ut non potuerit moraliter fieri tam cito praesens, praesumitur non occidisse, saltem propriis manibus.

7. Praesumptio specialior praevalet magis generali; ita etiamsi generaliter praesumptio sit, si cui damnum datum est, illud esse a vicino datum, si tamen constet, quod hic sit vir bonus, et integrae famae, ex hac praesumitur eum esse innocentem a damno dato.

8. Praesumptio, quod quis voluerit operari secundum jus commune, praevalet praesumptioni, quod voluerit operari secundum jus speciale.

9. Denique praesumptio negativa potentior est, quam affirmativa; nascens ex quasi possessione, quam illa, quod quaelibet res praesumatur libera; quae stat pro reo magis, quam quae stat pro actore; quae absurdum et inaequalitatem excludit magis, quam quae illud includit etc. Vide Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *a n.* 634.

41

Dubitatur, quid praesumi debeat, aut possit de crimine commisso, si fugiat? Resp. distinguendum inter tria fugae tempora. 1. an aliquis fugiat ante inquisitionem, vel accusationem institutam? 2. an fugiat post institutam inquisitionem, vel accusationem adversus ipsum? 3. an fugiat effracto carcere?

Si primum, etsi fuga ejusmodi probationem etiam semiplenam non faciat, facit tamen indicium, seu praesumptionem, ac suspicionem non levem commissi criminis, ut cum communi docet Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 98. *num.* 1. Mascard. *de prob. concl.* 8. 9. *num.* 1. 10. *et* 15 Farin. *prax. crim. q.* 48. *num.* 1. *et* 27. Gonzal. *in cap.* 4. *h. tit. n.* 3. Layman *ibid. num.* 2. Pirh. *hic num.* 31. Vviest. *num.* 16. Ratio est, quia talis fuga censetur profecta ex conscientia criminis; plerumque enim rei, et sceleris conscii fuga salutem

quaerere solent. *Excipe*, nisi tamen alia causa discedendi probabilis appareat; tunc enim in dubio, quod benignius est, praeferri debet, et fuga, sive discessio non in malam, sed in bonam partem accipi, ut notat Mascard. *loc. cit. n.* 11. *et* 12. Laym. Pirh. *loc. cit.*

Si secundum, praesumitur fugisse, non ex conscientia criminis, sed ob probabilem timorem instituti processus, qui per se pericula, molestias, et vexationes tales causare solet, quas etiam innocentes non omnes subire volunt; affert tamen hujusmodi fuga aliquale criminis indicium, et suspicionem, ita, ut si accedant alia adminicula, efficere probationem semiplenam, et sufficere ad rei torturam possit, ut colligitur ex *cap. nullus* 4. *hoc tit.* et notat Menoch. *lib.* 1. *de praesumpt. q.* 89. *num.* 40. *et* 41. Mascard. *loc. cit. num.* 17. Farin. *num.* 27. *et* 34.

Si tertium, multum refert, an juste eo carcere detentus fuerit, an injuste. *Si injuste*, fuga fugienti non nocet, modo de injustitia detentionis constet. *Si juste*, talis fugiens, si post fugam a judice capiatur, postea gravius torqueri solet; quia tamen alia valde probabilis causa fugiendi allegari potest, videlicet ad liberandum se molestiis carceris, et periculis imminentibus, fuga ejusmodi non facit plenam probationem criminis, sed tantum praesumptionem gravem, ac veluti confessionem ejusdem, ob quam graviter puniri potest; Laym. *loc. cit. et l.* 1. *theol. moral. tr.* 4. *c.* 15. *n.* 10. *in fin* Gonzal. *in cap.* 4. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 35.

TITULUS XXIV.

De jurejurando.

Saepe contingit; ut non quidem jus, sed probatio in judicio litigantem destituat: quare, ne ex probationum defectu, quod suum est, assequi aliquis prohibeatur, salubriter institutum est, ut juramentum vel a parte, vel a judice deferatur alteri litiganti, sicque decidatur lis, quae aliter decidi nequit. Finis igitur juramenti in judicio delati est rei controversae confirmatio, et litis decisio. Hinc Apostolus; *Hebr.* 5. *v.* 16. *omnis controversiae finis*, inquit, *ad confirmationem est juramentum.* Et Cajus JC. *l. maximum* 1. *ff. h. tit. maximum*, ait, *remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio.* Quare sit.

§. I.

De juramenti natura, honestate, et varietate.

SUMMARIUM

1 *Juramenti definitio.*
2 *Fieri proprie potest per solum Deum verum.*
3 *Ejus formulae.*
4 *Est licitum.*
5 *Si habeat tres comites, veritatem, judicium, et justitiam.*
6 7 *Subjectum juramenti, seu quis jurare possit?*
8 *Objectum ejusdem.*
9 *Divisio.*

1

Quaeritur 1. quid sit *jusjurandum*? Resp. *Jusjurandum* a *jure* nomen accepit, quod instar juris sit observandum. Alio nomine appellatur *sacramentum*, ut fit *c. omnes* 1. *de fer. et auth. sacramenta puberum C. si advers. vendit.* Alii tamen, ut Gonzal. *in c. etsi Christus* 26. *n.* 7. advertit, cum Alciato inter juramentum, et sacramentum discrimen statuunt, quod illud denotet quodcunque dictum, vel assertum juratum; hoc vero specialiter significet asseverationem religiosam, super re sacra, libro evangeliorum, altari, vel reliquiis ss. praestitam.

Definitur, quod sit *invocatio divini nominis in testimonium*, vel ut alii loquuntur, *ad fidem faciendam dicto, aut promissionem firmandam.* Ita communiter TT. et JCti.

2

Dixi 3. *Divini nominis*; nam jurare proprie ille dicitur, qui cum aliquid affirmat, vel negat, aut promittit, ut sibi fides habeatur, Deum in veritatis, aut promissionis testem adducit. Ex quo *sequitur* 1. non esse juramentum, quod fit per creaturas per se spectatas; nam ita consideratae defectibus, et erroribus, ac inconstantiae subjectae sunt. Unde ut valeat in vim juramenti, fieri per illas debet, quatenus in iisdem creator illarum resplendet: et eo tendit *c. etsi Christus cit.* dum juramenta per creaturas praestita observari praecipit. *Sequitur* 2. non esse juramentum, quod ethnici praestant per falsos Deos; quia hi infallibilem dictis fidem non possunt tribuere. Neque obstat *canon. movet* 16. *caus.* 22. *quaest.* 2. ubi per falsos Deos praestiti juramenti violatio pro perjurio habetur; nam tale fit ex erronea ita jurantium conscientia, quia in istis divinitatem apprehendunt. *Sequitur* 3. proprie loquendo juramentum fieri posse per solum verum Deum; cum enim causa ejus adhibendi unica sit, ut is, cui id praestatur, testimonio, et authoritate ejus, qui invocatur, securus reddatur, de veritate assertionis, et sinceritate promissionis, ita securum vero reddere possit solus Deus, utpote qui solus est prima veritas, fallere, et falli nescit, consequens est per ipsum solum praestari juramentum posse.

3

Dixi 2. *Invocatio*: quo differt principaliter a voto; nam voti essentia in sola promissione Deo facta consistit, juramenti autem in invocatione ejusdem. Quod fieri potest non solum explicite, sed etiam implicite. Et ita jurant 1. qui assertioni suae addunt verbum *juro*; quia idem significat, quod; *Deum in testem voco*, aut *volo dictum meum confirmare invocatione testimonii divini.* 2. qui aliquid affirmant vel negant, aut promittunt *bez ihrem Ayd*; quia haec verba serio prolata ex recepta Germaniae nostrae consuetudine idem significant, quod *jure.* 3. *Per sancta evangelia*, *per s. Crucem*, *per fidem christianam*, *per ss. sacramenta*; quia sensus est, tam vera esse, quae dicuntur, quam vera est doctrina evangelica, redemptio humani generis, institutio ss. sacramentorum etc. *Testes invoco coelum, et terram*; quia jurantes invocare in testem censentur illorum conditorem. 5. *Per animam meam*, *vivus non abeam*, *fulmine peream*, *diabolus me rapiat etc.* quia his verborum formulis invocari creditur Deus qui animam perdere in gehennam, et vitam auferre potest. Plures aliae juramentorum formulae videri possunt apud Covar-

ruv. *in cap. quamvis de pact. in* 6. *part.* 1. §. 1. *a n.* 16. *Suar. de juram. l.* 1. *cap.* 5. *a n.* 3. Laym. *l.* 4. *tract.* 3. *cap.* 2. Pirh. *hic a num.* 6. *n.* Vviest. *n.* 6.

Dixi 3. *ad fidem faciendam dicto*, *aut promissionem firmandam* : quo innuitur finis juramenti, qui duplex est, videlicet vel ad confirmandam assertionem, si assertorium sit, vel ad promissionem roborandam, si promissorium.

4

Quaeritur 2. an licitum sit jurare? Veterum quorundam haereticorum error a Vvaldensibus, et Anabaptistis resuscitatus voluit, juramenta intrinsece mala esse, aut saltem christianis interdicta : quod evincere contendunt ex duplici scripturae textu. 1. *Matth.* 5. *vers.* 34. ubi Christus, *ego autem*, inquit, *dico vobis*, *nolite jurare omnino*, *sit sermo vester est*, *est*, *non*, *non*. 2. *Jacob.* 5. *vers.* 12. ubi Apostolus, *nolite*, ait *jurare quodcunque juramentum*.

Sed certa apud orthodoxos doctrina est, juramentum non solum intrinsece malum non esse, sed etiam si rite praestetur, honestum, et laudabile : quod ostenditur 1. s. scripturae testimoniis, *dominum Deum tuum timebis*, *illi soli servies*, *et per nomen ejus jurabis*; Deut. 6. *v.* 13. *Laudabuntur omnes*, *qui jurant in eo*; Ps. 62. *vers.* 12. 2. exemplo patriarcharum veterum, et ipsius Dei, teste vate regio, *juravit dominus*, *et non poenitebit eum*; Ps. 109. *v.* 4. 3. usu gentium omnium, et cunctorum tribunalium tam sacrorum, quam profanorum praxi. 4. ratione, quia rite praestitum ad religionem pertinet, cum per illud profiteamur, nos infallibilem Dei veritatem, et summam authoritatem cognoscere, colere, et vereri.

5

Addidi *si rite praestetur*; nam, ut hoc fiat, tres habere comites debet, veritatem, judicium, et justitiam, juxta illud, *jurabis; vivit dominus*, *in justitia*, *in judicio*, *in veritate*; Jerem. 4. *v.* 2. *In veritate* jurat, qui deum non assumit in testem falsi, sed de re pronuntiat, quod scit, et sicut scit. *In judicio*, qui non temere, et inconsiderate, sed cum praevia deliberatione non solum veritatis, sed etiam causae jurat; quia causa solum necessitatis, aut valde magnae utilitatis adhiberi potest. *In justitia*, quia, si promissorium juramentum sit, eo promittit, quod justum, honestum, et licitum est; si assertorium, eo asseri sine cujusquam injuria potest.

Neque aliud probant scripturae textus in contrarium allegati; nam ut eosdem cum s. August. s. Bern. et aliis PP. explicat Innocentius *c. etsi Christus cit.* ibidem non prohibentur juramenta rite praestita, sed ea duntaxat, quae fiunt temere, sine necessitate, et utilitate, tum propter irreverentiam, quae sic jurando infertur ma-

jestati divinae, tum propter periculum perjuriorum, cui consuetudo, et assiduus usus jurandi exponitur. Praeterea verba Christi ad veracitatem nos cohortantur, quia ille ita clarescere suos sequaces voluit, ut etiam sine juramento ipsis credatur, et aliis iidem credant.

6

Quaeritur 3. quis possit jurare? Resp. Juramenti usus, spectato naturali jure, hominibus usu rationis praeditis omnibus permissus est sine discrimine: Positivo tamen jure facultas non parum restringitur, et aliqui quidem ad jurandum in judicio compelli nequeunt, alii ne admittuntur quidem. Et

Tales sunt 1. Impuberes; *can. parvuli* 14. *can. seq. caus.* 22. *q.* 5. vix enim juramenti arduitatem, et reverentiam numini debitam intelligere, et apprehendere sufficienter noscuntur.

2. Perjuri; *can. parvuli citat.* quod intelligendum de juramentis, quibus aliquid probatur contra tertium, ut purgationis, suppletorium, a testibus fieri solitum; nam ea quae oneris sunt, ut calumniae, malitiae, et quae feudorum dominis a vasallis praestantur, etiam ab ipsis praestari debent; Suar. *l.* 3. *cap.* 20. *num.* 20. Procedit autem hoc, etsi de perjurio nec convicti, nec condemnati in judicio sint, modo illud notorietate facti sit evidens: et ratio est; quia, qui semel pejeravit, iterum pejeraturum periculum, et praesumptio est; *arg. reg. semel* 8. *de R. J. in* 6.

7

3. Non jejuni; *can. placuit* 2. *caus.* 4. *q.* 3. *can. honestum* 16. *caus.* 22. *q.* 1. *c. placuit* 1. *de testib.* Haec tamen constitutio vel nunquam recepta fuit in vim praecepti, vel de jejunio latius accepto intelligi debet, quatenus excludit ebrietatem, et crapulam; Barbos. *in c.* 1. *cit. n.* 3. Gonzal. *ibid. n.* 3. Vviest. *n.* 15.

4. Clerici, praesertim sacerdotes; nam hi ex levi causa jurare specialiter prohibentur; *can. siquis presbyter* 4. *caus.* 2. *q.* 5. quod illorum ordinem, et dignitatem non deceat dubitari facile de veritate eorum, quae dicunt. Si necessitas, vel magna utilitas ita exigat, licite jurant coram judice suo; coram laico voluntarium quidem ad roborandam promissionem, et contractum possunt edere, coactivum tamen, saltem sine papae, vel episcopi licentia, praestare nequeunt; *can. nullus* 22. junct. gloss. V. *laico caus.* 22. *q.* 5. Ex quo solvitur

Dubium, an clerici tempore pestis delata juramenta, se non fuisse in loco lue infecto, vel de infectione suspecto, praestare possint; dicendum enim, quod praestare illa possint, si exigantur sub conditione tantum ingressus; contra eadem praestare nequeant, si petantur per modum coactionis, quasi a superiore. Communiter tamen non juramentum, sed confirmatio tantum gravior per fidem sa-

cerdotalem (*bey ihen geistlichen Vverden*) requiri in hujusmodi occasione solet.

8

Quaeritur 4. quodnam sit objectum juramenti? Respond. Est duplicis generis pro varietate ipsius juramenti; nam si juramentum sit *assertorium*, objectum illius est factum, aut non factum praeteritum, aut praesens. Ut licite praestetur, requiritur facti talis notitia, et quidem, si proprium illud sit, opus est, ut jurans moralem quandam certitudinem de illo habeat; si alienum, oportet, ut habeat de illo saltem credulitatem, seu conjecturam probabilem; Laym. *l.* 4. *tr.* 3. *c.* 4. *n.* 4.

Objectum juramenti *promissorii* est factum, vel non factum futurum, possibile, et honestum: *futurum* quidem debet esse; quia, quod jam factum est, frustra, ut fiat, promittitur: *Possibile*; quia juramentum promissorium obligationem debet inducere, qualis tamen ad impossibile dari non potest: *Honestum* denique; quia juramentum vinculum iniquitatis esse non potest; *c. quanto* 18. *hoc tit.* Imo si etiam rem indifferentem promiseris, e. g. quod non velis lavare manus, fenestras claudere, incedere vestibus rubris, sed nigris, per se loquendo obligatio per tale juramentum non inducitur, cum neque Deo acceptum, neque hominibus placitum, aut gratum sit; P. Konig. *hic n.* 13.

9

Quaeritur 5. quotuplex sit juramentum? Resp. Celeberrima illius divisio est in assertorium, et promissorium. *Assertorium* est, quo asseritur veritas rei praesentis, vel praeteritae; *Possessorium*, quo promittitur aliquid in futurum: juramenti assertorii frequens in causarum decisionibus usus est. Duplex ejusdem genus ab interpretibus in rubricam *ff. h. tit.* considerari solet, quorum primum vocatur *litis decisorium*, alterum *juramentum in litem. De hoc dicetur infra*: *juramentum litis decisorium* definiri potest, quod sit juramentum litis finiendae causa a parte litigante praestitum. Subdividitur in voluntarium, judiciale, et necessarium. Non est exacta haec divisio; nam etiam judiciale voluntarium est, et necessarium judiciale. Hinc accuratius potuisset dividi in judiciale, et extrajudiciale, et judiciale primum subdividi in voluntarium, et necessarium. Verum divisio prior a communi DD. approbatione sustinetur: quam etiam ego in tractatione hac sequar. Quare sit

§. II.

De juramento voluntario.

SUMMARIUM

10 *Quid sit juramentum voluntarium?*
11 *Quis deferre illud possit?*
12 13 *Quis non deferre?*
14 15 *Quibus deferri?*
16 *In quibus causis?*
17 *An etiam in causa criminali?*
18 *Quid requiratur, ut legitime praestetur?*
19 *Quamdiu revocari a deferente possit?*
20 21 *Qui sint ejusdem effectus?*
22 *An vim habeat etiam contra tertium?*
23 *An rescindi possit, postmodum detecto perjurio?*

10

Quaeritur 1. quid sit *juramentum voluntarium*, et unde nomen acceperit? Resp. *Voluntarium* inde dicitur, quia ex libera partium voluntate defertur, et ex libera earundem voluntate suscipitur; potest enim is, cui defertur hoc juramentum, non tantum referre illud, sed omnino etiam recusare, et si malit, ad viam juris recurrere: si tamen praestetur, controversiam finit; quia, ut *l. jusjurandum* 2. *ff. h. t.* dicitur, *speciem transactionis continet.* Hinc ab aliis *conventionale* appellatur; alii vero *extrajudiciale* vocant, quod extra judicium deferatur, et praestetur.

Finis hujus juramenti est litem finire, et controversias dirimere absque judiciali strepitu: servit maxime iis, qui probationibus aliis destituuntur, et metu expensarum ad finem controversiae sponte properant.

Definiri potest, quod sit *juramentum, quod ex conventione pars parti extra judicium defert sub ea conditione, quod velit ab ulteriori processu abstinere, et juramento stare, si pars, cui delatum est, illud praestiterit.* Ita quoad rem omnes, et colligitur ex *l. jusjurandum* 17. *princ. et l. in duobus* 28. *ff. h. tit.*

11

Quaeritur 2. quis deferre juramentum voluntarium possit? Resp. deferre potest omnis ille, qui potest pacisci, et libere de re controversa disponere, quia hoc juramentum ex conventione defertur; *l. jusjurandum* 17. *cit. princ. et l. qui jurasse* 26. §. *jusjurandi* 2. *ff. h. tit.*

In specie deferre illud potest 1. *Dominus* habens rerum suarum administrationem, estque perinde, sive is actor sit, sive reus; nam et reus juramentum recte defert actori; *l. in duobus citat.* §. *fin. l. eum qui* 30. *ff. eod.* et cum Zoes. *hic n.* 31. Konig *n.* 45. docent communiter DD.

2. *Praelatus* in rebus suae ecclesiae, *tutor* in rebus sui pupilli, *curator* in rebus sui clientis; *l. jusjurandum* 17. *cit.* Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 929. Zoes. Konig *l. cit.* Ratio est, quia rerum istarum liberam administrationem habent a jure sibi concessam.

3. *Servus*, *et filiusfam.* in rebus concernentibus peculium suum, si liberam illius administrationem habeant; *l. servus* 20. *et duabus seqq. ff. h. tit.* Zoes. *n.* 32. *n.* Haun. *n.* 931. Konig *l. cit.*

4. *Procurator*, si habeat speciale mandatum, vel generale quidem, cum libera tamen, i. e. cum administratione omnium bonorum, aut si in rem suam procurator sit; *l.* 17. *cit. fin. l. jusjurandum* 34. §. *defensor* 1. *ff. h. t.* Secus dicendum, si habeat solum generale mandatum ad litem; *l. alius* 18. *et seq. ff. eod.* Zoes. *n.* 31. Haun. *n.* 930. Konig *l. cit.* Ratio est, quia mandatum est stricti juris; procurator autem simpliciter, et ad litem datus tantum praesumitur datus ad petendum, et non ad deferendum jusjurandum, sicut nec ad transigendum.

12

Quaeritur 5. quibus potestas non sit deferendi hoc juramentum? Resp. Hoc patet ex *n. praec.* videlicet nemo potest juramentum istud deferre alteri in re aliena, neque in sua, si liberam illius administrationem non habet. In specie illud deferre non potest 1. *pupillus* sine authoritate tutoris; *l.* 17. *cit.* §. *pupillus* 1. *et l. jurisjurandi* 31. *ff. eod.* 2. *prodigus*, *furiosus*, *mente captus*, et his similes, quibus rerum suarum administratio denegata est; *l. tutor* 35. §. *prodigus* 1. *ff. h. tit.* 3. *filius* in re patris, *servus* in re domini sui: item in re peculiari, si non habeant administrationem liberam; *l. servus* 20. *et duab. seqq. ff. h. tit.*

De *minore* controversia est, non quidem, quando is curatorem non habeat; tunc enim certum est, quod juramentum deferre possit; quia liberam rerum suarum administrationem habet, et celebrare alios actus legitimos potest; sed de eo tantum, qui habet curatorem. Quo casu satis communis sententia est eorum, qui cum Ant. Perez, et aliis RR. affirmant, etiam hunc absque curatoris authoritate juramentum istud deferre posse, ita, ut nisi intra tempus jure statutum restitutionem in integrum petat, juramentum teneat. Videtur deduci ex *l. nam posteaquam* 9. §. *si minor* 4. *ff. hoc tit.* Rationem dant, quia cui solvi potest, ille etiam deferre juramentum

potest, ut colligitur ex *leg.* 17. *cit.* §. 2. ubi dicitur ideo a tutore, vel curatore deferri juramentum posse, quia etiam solvi eidem potest; atqui minori solvi potest: ergo etc.

13

Probabilior videtur negativa, quam sequitur Zas. *in l.* 11. §. 4. *n.* 13. Zoes. *hic n.* 32. Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 926. Ratio est, quia delatio juramenti est quaedam pactio tendens ad alienationem, seu amissionem juris, cui praejudicari potest per juramentum delatum; atqui minor sine authoritate curatoris, si talem habeat, non potest ita contrahere, ut si contrahat, non habeat opus restitutione in integrum; *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor;* ergo etc.

Neque obstat *l. nam posteaquam cit.* quia, ut bene advertit Haun. *n.* 927. ibi non dicitur, quod minor in casu illius legis detulerit juramentum sine tutoris authoritate, quem habuit, sed potius colligitur oppositum, sc. quod aut curatorem non habuerit, aut si habuit, ejus authoritas intervenerit; quia contractus supponitur validus futurus fuisse, si laesus non fuisset. *Ad rationem* additam *l.* 17. *cit.* adduntur etiam alia, quae simul sumpta sufficiunt, ut dicatur curator in rebus pupilli juramentum deferre posse, et inter haec praecipue est, quia alienare potest; igitur etsi solvi minori possit, non tamen exinde probatur, quod etiam juramentum deferre possit. Deinde non ita simpliciter solvi potest minori, sicut curatori, ut videre est apud interpretes *in l. ait praetor ff. de minor.* nam si minor perdat pecunias sibi solutas, non interveniente authoritate curatoris, restituitur in integrum actione contra debitorem instituta; et hinc non ita tutum est solvere minori, ac solvere curatori.

14

Quaeritur 4. quibus deferri juramentum voluntarium possit? Resp. deferri potest omnibus, qui ex conventione sibi, vel aliis actionem, aut exceptionem quaerere possunt, neque in hoc discrimen est aut sexus, aut aetatis, aut conditionis; *l. qui jurasse* 26. *princ. ff. h. tit.* in specie illud deferri potest 1. pupillo; *leg. qui jurasse princ. cit.* cui non obest *l. jusjurandum* 34. §. *pupillo* 2. *ff. h. tit.* ubi Ulpianus, *pupillo*, inquit, *non defertur jusjurandum*; quia eo textu juris consultus solum loquitur de juramento judiciali, ut §§. subsequentes indicant, 2. minori; *arg. l. jurass. princ. cit.* 3. servo in causa domini; *l. si servus* 23. *et l. sed et si* 25. *h. tit.* 4. filio in causa patris, et vicissim; *leg. qui jurasse cit.* §. *si pater* 1. *et leg. multo magis* 24. *ff. eod.* 5. tutori in re pupilli, curatori in re minoris; *arg. l. cit.* 6. procuratori in principalis; *l. nam posteaquam* 9. §. *jusjurandum ff. eod.*

Cuicunque autem deferatur juramentum voluntarium, in arbitrio suo positum habet, an velit illud praestare, vel referre, vel omnino recusare; nam idcirco voluntarium dicitur, ut *n.* 10. *supra* monui. Ratio est, quia, ut *l. jusjurandum* 2. *ff. h. tit.* dicitur, juramentum istud est quaedam pacti, et transactionis species, transactio autem, sicut et quaelibet pactio voluntariam causam habet. Imo, si is, cui delatum est juramentum istud, illud referat deferenti, neque deferens praestare id cogitur, sed libere illud recusare potest, cum ex utraque parte plane liberum, et voluntarium sit.

15

Neque obstat *l. jusjurandum* 17. *cit. in princ.* ubi Paulus jurisconsultus, *jusjurandum*, inquit, *quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest*; nam textus hic ita intelligendus est, ut referri hoc juramentum nequeat cum effectu, ut deferens illud sibi relatum praestare debeat; alioquin potest referri, et perinde erit, acsi referens ab initio detulisset. Unde uterque liberrimus erit, ut juret, vel non.

Duo tamen casus excipiendi sunt, quibus praestari ab eo debet, cui delatum est. *Primus* est, si inter partes ita convenerit: quia ex tali conventione factum est necessarium. *Secundus*, si semel susceptum sit; nam semel susceptum a suscipiente recusari non potest amplius, nisi pro confesso haberi velit; Vvesenbec. *ff. h. tit. n.* 8. Vall. §. 1. *n.* 2. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 965. Konig *n.* 49. et ratio est, quia licet susceptio hujus juramenti initio sit liberae voluntatis, suscepti tamen praestatio evadit necessitatis; *arg. l. sicut* 5. *C. de O. et A.*

16

Quaeritur 5. in quibus causis deferri juramentum voluntarium possit? Resp. in omni re controversa; neque enim regulariter loquendo est ullum privatae controversiae genus, super quo illud deferri, aut praestari non possit; *l. ait praetor* 3. §. *in quacunque* 1. *ff. h. tit.* De triplici causa specialis est difficultas, de causa matrimoniali, de professione religiosa, et in causis criminalibus.

Ad 1. difficultas solvitur distinguendo, videlicet juramentum deferri potest, quando agitur de matrimonio primum contrahendo, seu sponsalibus; *arg. c. praeterea* 2. *et c. requisivit* 17. *de spoliat.* at quando agitur de matrimonio jam contracto, deferri quidem juramentum potest pro matrimonio, ut semel initum servetur; non autem contra matrimonium, ut semel contractum dissolvatur. *arg. c. fin. de transact.* Bartol. *in l. ait. praetor cit.* Guter. *de matrim. c.* 38. Gaill. *l.* 2. *obs.* 94. *n.* 13. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 946. Konig *hic n.* 51. et novissime clariss. P. Schmier *process. judic. c.* 11. *n.* 96. Ratio est, quia etsi in arbitrio partium sit matrimo-

nium, propter dissensum, invalidum, posito novo consensu revalidare, non tamen est in potestate illarum illud, si aliquando valide sit contractum, dissolvere, cum vinculum inducat indissolubile.

Ad 2. eadem est responsio, quae confirmatur a pari cum matrimonio carnali; nam ab hoc validum est argumentum ad matrimonium spirituale, quod contrahitur per professionem religiosam, cum a pari procedant ambo; *can. sicut vir* 11. *caus.* 7. *q.* 1. *et c. inter corporalia* 2. *de translat. episc.*

17

Ad 3. convenit inter DD. teste Hann. *loc. cit. n.* 943. quod in causa criminali juramentum tum voluntarium, tum judiciale actor possit deferre reo: quo casu prodest reo, sed tantum quoad personam accusatoris, ut eum denuo accusare non possit; quoad alias personas extraneas, et quoad judicem de crimine inquirentem juramentum non prodest juranti.

Dissensio est, an reus illud deferre actori possit? Negant Salicet. *in l. admonendi* 31. *n.* 3. *et seq. ff. h. tit.* Konig *hic n.* 52. Schmier *loc. cit. n.* 97. et alii apud istos, saltem quando agitur ad poenam corporis afflictivam, ex duplici ratione, 1. quia reus non est dominus suorum membrorum; *l. lib.* 13. *princ. ff. ad leg. aquil.* igitur delatione juramenti exponere se nequit probabili periculo mortis, vel mutilationis, 2. in causis criminalibus requiruntur probationes luce meridiana clariores; *l. fin. C. de probat.* talis autem non habetur per juramentum actoris; ergo etc.

Sed probabilius tenetur sententia affirmativa, quae cum Zasio *in l. ait praetor. a n.* 13. Hann. *n.* 945. et aliis concedit absque discrimine in causa criminali juramentum tam voluntarium, quam judiciale a reo deferri actori posse. Ratio est, quia jura indistincte loquuntur, neque adest aliqua causa distinguendi; neque enim rationes pro sententia adversa allatae tam efficaces sunt.

Ad 1. potest quis utique in periculum capitis sui fateri crimen, quod commisit, neque per hoc ipse disponit de capite suo, sed definitionem causae relinquit judici; quare non igitur etiam poterit reus cum simili periculo juramentum deferre accusatori? *Ad* 2. confessio propria est probatio omnium efficacissima, ut majori luce non indigeat; sed accusatore ad delationem rei jurante, ipse reus fateri censetur crimen; nam ut *l. quoniam* 5. *ff. de his, qui notant. infam.* dicitur, *intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur;* atqui deferre juramentum est pacisci; nam idem est, acsi diceret: *Volo reus esse, si juraveris*; ergo etc.

18

Quaeritur 6. quid requiratur, ut legitime praestetur voluntarium jurameutum? Resp. 1. praestari debet, alio deferente: nam juramentum ultroneum, quod nullo deferente quis praestat, nullum operatur effectum, nec in judicio defenditur; *l. ait praetor* 3. *princ. ff. hoc tit.* ubi ratio additur; *quia sibi juravit*, *et alioquin facillimus quisque ad jurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit*, 2. deferri debet hoc juramentum extra judicium; nam per hoc praecipue distinguitur a judiciali, quod pars parti in judicio defert, 3. is, cui delatum est, praestare id debet; intra tempus, ad quod delator restrinxit; nam postea praestitum nihil juranti prodest, neque qui detulit admittere illud debet; *l. non erit* 5. §. *fin. ff. hoc tit.* 4. praestari debet sub eo modo, sub quo delatum est; nam aliter praestitum ratum non habetur; *l. ait praetor cit.* §. *fin. et l. qui per salutem* 33. *ff. eod.* 5. non debet esse revocatum a deferente; nam praestitum, postquam revocatum est, non prodest, cum perinde sit, acsi delatum non fuisset; *l. siquis* 11. *C. de reb. credit.*

19

Quaeritur 7. quamdiu juramentum voluntarium revocari a deferente possit? Resp. Revocari potest, usque dum is, cui delatum est, illud praestiterit, ut colligitur ex *l. siquis cit.* et tradit *ibid.* gloss. Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 690. Konig. *hic n.* 57. proceditque hoc, etsi susceptum sit ab eo, cui delatum est, et sic completa quasi conventio aliqua inter delationem et qui delatum suscepit: non enim aliter facta est ista quasi conventio, nisi sub conditione, si deferens nolit juramentum delatum a se revocare: hinc, nisi expresse renuntiet juri revocationis, semper illud sibi reservare censetur.

Neque dicas · *quod semel placuit, amplius displicere non potest*; nam regula haec locum duntaxat habet in casu, quo lex illud non permittit, non vero in casibus, ubi illud concedit lex, ut fit in nostro, et pluribus aliis. Aliquos tantum pro exemplo refero; sic enim 1. mandatum contractum evanescit, si revocatum fuerit, quando res adhuc est integra; §. *recte* 9. *inst. de mandat.* 2. in societate nemo invitus permanere cogitur; §. *manet* 4. *inst. de societat.* 3. universim in contractibus innominatis sine consensu alterius licet recedere, dummodo res sit integra, et ex parte alterutrius contractus non sit impletus; *l. si pecuniam* 5. *de condict. caus. dat. caus. non secut.* quidni igitur hoc dici poterit de juramenti revocatione?

Sed neque iniqua est hujusmodi revocatio, cum sic magis praecludatur via peccandi, dum is, qui propter instrumenta forte novi-

ter reperta juramentum revocat, alteri facultatem adimit pro libidine sua pejerandi.

20

Quaeritur 8. quis sit effectus juramenti voluntarii? Resp. Est duplex, alius proximus, alius remotus. *Proximus* est decisio rei, vel causae, inter partes controversae: is enim, qui deferente adversario juravit rem suam esse, aut se debitorem non esse, victor evadit, nec minus acquirit juris, quam si cum adversario transegisset, aut sententiam judicialem pro se obtinuisset; *l. jusjurandum* 2. *ff. h. tit.*

Remotus est *actio in factum*, et *exceptio juratoria*. Si actor juravit, reo deferente, vel postquam ad delationem juramenti paratum se ostendit, remissum ei est juramentum; actori, et ejus haeredibus datur *actio in factum* contra reum, qui detulit, ejusque haeredes, et petitur hac actione, ut praestetur, quod deberi actori ab adversario juratum est *l. nam posteaquam* 9. §. *jurejurando* 1. *et* §. *fin. l. sed si* 11. §. *item si* 2. *l. si duo* 13. §. *siquis* 3. *et duob. seq. ff. h. tit.* Si reus juravit deferente actore, vel postquam paratum se ostendit, remissum ei est juramentum; reo, ejusque successoribus tum universalibus, tum singularibus, sicut et fidejussoribus competit *exceptio juratoria* contra illum, qui juramentum hoc detulit, ejusque successores; intendit hac exceptione reus elidere actionem, contra se intentandam objiciendo juramentum voluntarium a se praestitum ad delationem actoris, et cum juraverit nihil se debere, petit absolvi a debito; *l. ait praetor* 7. *l. etiam* 8. *l. nam posteaquam* 9. §. *jurejurando* 1. *l. in duobus* 28. *quod reus* 1. *ff. h. tit.*

21

Res in exemplo patebit clarius, e. g. ego dico, quod parens meus defunctus Titio dederit mutuos 1000. fl. et quia scio Titium nondum restituisse, solutionem ab ipso repeto: negat Titius absolute se aliquid debere, vel mutuum se accepisse: ego, cum chirograpbum non habeam, neque testes, eo, quod ii, qui interfuerunt, fortasse mortui sint, non possum probare sufficienter debitum, quod tamen scio reipsa contractum. Hoc casu, si Titio mihi juramentum deferente, illud praestem, ex hoc juramento conceditur mihi actio, qua mutuum coram judice repetere possim a Titio; si vero in contrarium Titius, me deferente, juravit absolute mutuum se non accepisse, exceptio juratoria datur Titio, qua se adversum me objiciendo juramentum voluntarium a se praestitum defendat et elidat actionem a me adversus se intentandam: nam hoc praestito juramento, non amplius quaeritur de debito, sed tantum de juramento, an scilicet praestitum sit sub ea lege, conditione, sub qua delatum est; quae-

stio enim, num debeatur, remissa est, cum sufficienter probata sit juramento; *l. non erit* 5. §. *dato* 2. *ff. h. tit.*

Dixi *si Titius absolute neget se aliquid debere, vel mutuum se accepisse*; nam si mutuum se accepisse fateatur, sed dicat se jam solvisse, non debeo incaute deferre eidem juramentum, cum solutionis factae probatio non mihi incumbat, sed Titio.

22

Quaeritur 9. an juramentum voluntarium, inter partes praestitum, vim habeat etiam adversus tertium, qui juramentum nec detulit, nec in deferentis locum successit? Resp. adversus hunc juramentum nihil prodesse juranti; *leg. ait praetor* 3. §. *fin. lege non posteaquam* 9. §. *fin. leg. quia* 10. *ff. h. tit.* ubi etiam ratio redditur, *quia non debet alii nocere, quod inter alios actum esset.*

Majoris dubii quaestio est, an ex juramento, quod extraneo alicui delatum est in causa tangente tertium, atque ab eo praestitum, huic tertio acquiratur actio? Negat Ant. Faber 1. *conject.* 4. et alibi, eo quod regula universalis sit, quod nobis per extraneum actio non acquiratur.

Affirmativa tamen, teste Frisio, est in foro recepta, et juri quoque valde consentanea; *l. fin.* §. *sed et si* 2. *ff. h. tit. ibi*: *sed et si actore deferente, defensor absentis, vel praesentis juravit, eum, quem defendit dare non oportere, exceptio jurisjurandi ei, cujus nomine juratum fuerit, dari debebit.* Neque obstat, quod hoc textu sermo sit de defensore, qui est judicialis negotiorum gestor; nam si ex hujus juramento exceptio quaeritur tertio, nempe defenso, quidni hoc etiam fiet per juramentum praestitum a negotiorum gestore extrajudiciali, qualis esset in casu nostro ille extraneus juramentum praestans in causa tertii.

Ad argumentum contrarium respondet Haun. *tract.* 4. *cit. n.* 939. actionem in proposito non acquiri directe, et immediate, sed indirecte et per consequentiam, quatenus nempe deferens juramentum cedit jure suo, et vult non habere jus, si extraneus juret eum non habere jus; extincto ergo jure, non videtur exceptio neganda illi, in cujus favorem extraneus juravit.

23

Quaeritur 10. an juramentum voluntarium, detecto postmodum perjurio, possit retractari, et rescindi? Affirmat Ant. Faber *decad.* 19. *de error. pragmat. error.* 5. Sed etsi sententia haec sit multo aequior, tamen de rigore juris praeferenda videtur, quam Vresenb. *ff. h. tit. n.* 8. Eckoldt *ibid.* §. 14. Zoes. *hic n.* 42. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 966. Konig *n.* 61. et his testibus communissime DD. tenent, scilicet juramentum voluntarium, praestitum etiam cum perjurio, non

posse postea retractari, et rescindi, sed regulariter loquendo judici ordinario judicandum esse. Constat ex *l. causa* 1. *C. de reb. credit.* ibi, *causa jurejurando ex consensu utriusque partis decisa, nec perjurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur*; colligitur etiam ex *l. non erit* 5. §. *dato* 2. *ff. h. tit.* Rationem dat Haun. *loc. cit.* quia conventione hoc actum est, ut si alter audeat jurare, sit delatori acquiescendum juramento; ergo si non excipit causam, quo detegeretur perjurium, tota conditio sufficenter impletur per praestitum juramentum, et ille, qui jurat, non alio sensu, vel lege recipit delationem juramenti, quam quia vult imposterum securus esse a molestia litis.

Dixi 1. *regulariter*; nam 1. excipitur, quando ita conventum est, ut contra juramentum, ab una parte praestitum, admittatur pars altera ad jurandum contrarium; tunc enim censetur retractatum prius juramentum per posterius, quodcunque horum perjurium fuerit, 2 in causa legati, vel fideicommissi ex testamento praestandi; tunc enim detecto perjurio, retractatur juramentum; *l. fin. C. de reb. credit.* ubi jurans sibi legatum aliquid esse, si postea ex tabulis appareat nihil legatum esse, ex juramento suo lucrum non habere deciditur, sed quod accepit, repetitur, 3. si suprema potestas in poenam perjurii vellet ejusmodi juramentum rescindere, et pejerantem condemnare, quod utique potest, cum ipsius sit crimina non relinquere impunita.

§. III.

De jurejurando judiciali.

SUMMARIUM

24 *Quid sit juramentum judiciale.*
25 *Quis illud deferre possit?*
26 27 28 29 *An reo actor, qui nihil probavit?*
30 *Cui deferri possit?*
31 *Exceptiones.*
32 33 *In quibus causis possit deferri?*
34 *Quid requiratur, ut legitime deferatur?*
35 36 *Effectus delati, et praestiti?*
37 38 39 *Semel delatum, et acceptatum a deferente revocari non potest.*

24

Quaeritur 1. quid sit *juramentum judiciale,* et quomodo a *voluntario differat? Resp. Juramentum judiciale est, quod approbante judice, pars parti in judicio defert ea lege, ut si jurare ausit, absque ulteriori processu victoriam obtineat.* Ita quoad rem omnes. *Judiciale* dicitur tum a loco, in quo defertur, tum a judice, qui delatum approbat, et eum, cui delatum est, vel solvere, vel jurare cogit; *l. jusjurandum* 34. §. *ait praetor* 6. *ff. h. tit.*

Differt a juramento voluntario supra descripto, 1. quia juramentum voluntarium defert pars parti extra judicium; judiciale in ipso judicio, 2. pars, cui delatum est juramentum voluntarium, non cogitur illud subire; sed recusare id potest, si malit per viam juris procedere, et in judicio litigare; at cui delatum est juramentum judiciale, illud subire cogitur, aut si malit, referre id deferenti debet, ut *n.* 30. dicam, 3. juramentum voluntarium ex sola utriusque partis libera voluntate pendet; in judiciali authoritas-judicis intervenire debet, qui, si justum illud esse perspexerit, aliquando illud etiam jubere potest.

25

Quaeritur 2. quis deferre juramentum judiciale possit? Resp. deferre illud potest fere omnis ille, qui voluntarium juramentum deferre potest; nec actor duntaxat reo, sed etiam actori reus, ut colligitur ex *l. generaliter* 12. *princ. vers. omne igitur C. de reb. credit.*

Controversia inter DD. est, an actor, si nihil omnino probaverit, deferre reo juramentum judiciale possit cum effectu, ut hic teneatur delatum praestare, vel referre, aut solvere? Affirmant Jason. *in l. manifestae* 38. *ff. h. t. n.* 3. Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 19. Vvesenb. *ff. hic n.* 9. Zoes *ibid. n.* 35. Gilcken *in l. bonae* 3. C. *de de reb. credit. n.* 7. Vinn. *lib.* 1. *select. q. cap.* 42. Engl. *hic n.* 16. Probant 1. ex *l. manifestae cit.* ubi generaliter sine distinctione dicitur, *manifestae turpitudinis, et confessionis esse nolle nec jurare, nec jusjurandum referre*, 2. *ex l. tutor* 35. *princ. ff. eod.* ubi dicitur *tutorem pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferentem audiendum esse*. 3. *ex l. generaliter* 12. *C. de reb. credit.* ubi habetur juramentum reo non tantum circa finem causae, sed etiam *in principio litis*, adeoque antequam aliquid probatum sit, deferri posse. 4. *a pari*; nam actor ante omnem probationem libellum, et articulos positionales porrigere potest judici, et reus, ipso interrogante, ad illos, antequam quid probatum sit, respondere cogitur. Igitur non est ratio, cur non etiam ante omnem probationem deferri eidem juramentum possit, 5. In hoc casu is, cui juramentum defertur, constituitur judex, et testis in propria causa, igitur non est, quod conqueri possit, sibi delatum juramentum esse, antequam a delatore aliquid probatum esset; quia potius per hoc accepit beneficium.

26

Negativam defendunt Bartol: *in l.* 3. *C. de reb. credit.* Ripa *in lib.* 31. *ff. h. t.* Abb. *in c. fin.* §· *sane n.* 1. *eod.* Menoch. *lib.* 1. *de praes. q.* 81. *n.* 2. Mascard. *vol.* 2. *de probat. concl.* 958. *n.* 7. et alii plures. Moventur 1. quod actore non probante, reus sit absolvendus, etsi nihil praestiterit, i. e. nihil probaverit, non juraverit; *c. fin. cit.* §. *sane et l. qui accusare* 4. *C. de edend.* 2. Actore plene probante suam intentionem, reus ita condemnatur, ut illum ad jurandum provocare non possit; *c. sicut* 2. *de prob.* ergo eodem actore nihil probante absolvi debet reus, neque cogi ad jurandum poterit; nam actor, et reus non debent ad imparia judicari *l. fin. C. de fruct. et lit. expens.* 3. Non sunt petendae probationes ex domo rei; *l. qui accusare cit. et l. nimis grave* 7. *C. de test.* et actor, qui ad judicium accedit, debet propriis probationibus reum convincere, quale non est juramentum delatum reo: quod egregie confirmat Justinianus imp. dum *l. siquis* 11. *princ. ff. de reb. credit. satis absurdum est*, inquit —– *cum aliam probationem quis desperaverit, tunc denuo ad religionem* (juramenti) *convolare*.

27

Conciliari utraque sententia media distinctione potest, qua utuntur Haun. *to.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *a n.* 987. Vviest. *hic n.* 26. et novissime clariss. P. Schm. *proc. jud. c.* 11. *n.* 132. *et seq.* Vel enim actor probationibus destitutus est, ita, ut neque praesumptionem pro se aliquam habeat, vel etsi probationem proprie dictam, i. e. ex testimoniis, vel instrumentis desumptam nullam adducat, praesumptione tamen aliqua non levi juvatur. *Si primum*, deferri reo juramentum ab actore nequit, sed absolvi debet a judice; *si secundum*, compelli ad jurandum, vel juramentum referendum potest. Utrumque satis efficaciter videtur probari ex c. *fin.* §. *sane cit. ibi*; *Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet (etsi nihil praestiterit) obtinere; praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam juramentum, nisi judex (inspectis personarum, et causae circumstantiis) illud actori videat deferendum.* Ecce! Quando non adest saltem praesumptio, ne judici quidem permittitur deferre juramentum reo, sed jubetur pro reo pronuntiare; ergo pariter sine ejusmodi praesumptione non potest juramentum ab actore delatum parti approbare authoritate sua. *Ratio est*, quia juramentum nec a parte deferri potest, nec a judice approbari, quando deest necessarius juramenti comes judicium, sive rationabilis causa jurandi. Hic autem deest, quando actor nec probationem aliquam fecit, nec praesumptione juvatur. Certe si tali casu liceret juramentum deferre reo, nemo satis defenderetur adversus injustas hominum improborum impetitiones, quia utcunque probationibus destituti forent, juramentum deferre possent, et sic ad jurandum compellere eos, quos nequitia sua vellent esse oppressos.

28

Neque dicas 1. causam rationabilem jurandi esse ipsam probandi necessitatem, et veritatis manifestationem; nam ubi actor ad judicium temere provocavit, nulla se probandi necessitate tueri potest; ita autem provocasse non absque ratione praesumitur, qui nec probationem aliquam, nec praesumptionem pro se potest adducere. *Non dicas* 2. hoc modo saepe jus suum non obtenturos, qui vel maxime illud habent, cum non raro contingat, ut pecuniae dentur mutuae; nec apocha petita, nec testibus ad actum adhibitis; proin si mutuatarius neget sibi mutui nomine datum aliquid, nisi juramentum deferre mutuans ei possit, jure suo innocens cadet. Respondeo enim, hoc casu sibi imputare mutuantem debere, quod cautelas juris in mutuo dando non adhibuerit. Accedit, quia si juramentum deferre actor reo posset, etsi pro se praesumptionem nullam haberet, saepissime contingeret, ut qui nec jure, nec probatione munitus est, fingeret se

mutuas dedisse pecunias. *Non dicas* 3. reum delatione juramenti non gravari, quippe qui juramentum sibi delatum vel praestare potest, si velit, vel referre; dico enim sufficienter gravari, quod absque causa jurare, et jurando onus probandi debeat in se suscipere; et etsi referre juramentum possit, hoc tamen tutum non semper est; quia is, qui litem temere eidem intentare non reformidavit, etiam non horrebit pejerare.

29

Argumenta primae sententiae potius confirmant nostram. *Ad* 1. *l. manifestae* intelligenda est de eo tantum, qui recusat praestare juramentum sibi delatum casu, quo adversus ipsum probatio, vel praesumptio militat; nam hac seclusa nolle jurare, vel juramentum referre nec turpitudinis, nec confessionis est, cum istud faciens utatur jure suo. *Ad* 2. *l. tutor cit.* dicitur audiendus tutor pupilli, omnibus aliis probationibus deficientibus, quia pro eo, quod ex officio publico negotia pupilli curet, praesumptio, non modica stat, praesertim cum causa pupilli sit favorabilis. *Ad* 3. licet probatio in exordio litis cesset, adesse tamen potest praesumptio, quae ad deferendum juramentum judiciale sufficiat. *Ad* 4. negatur paritas, nam respondendo ad articulos positionales causa in judicio controversa non deciditur, sicut tamen vim litem finiendi habet juramentum in judicio delatum parti. *Ad* 5. patet responsio ex *n. praec. v. non dicas* 3.

30

Quaeritur 3. cui deferri possit juramentum judiciale? Resp. fere omnis, qui potest deferre, quippe vel est dominus rei controversae, vel loco domini. Is autem, cui delatum est, jurare cogitur, nisi justam causam recusandi alleget, ac probet, cur jurare non debeat, vel nisi juramentum sibi delatum deferenti alteri parti, seu adversario suo referre velit; *c. fin. h. t. et l. generaliter* 12. junct. gloss. *V. vel referatur C. de reb. credit.* Neque obstat, quod juramentum etiam judiciale voluntarium simpliciter sit, et pars in partem potestatem non habeat cogendi, ut deferendo juramentum jurare debeat; nam approbatione judicis quodammodo necessarium fit, ut alternative, aut jurare cogatur is, cui delatum est, vel deferenti juramentum illud referre. Si referat, is, cui relatum est, necessario praestare id debet, nisi causa justa eundem excuset *l. jusjurandum* 34. §. *datur* 7. *ff. h. t.* ubi ratio indicatur, quia scilicet non debet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit illud prior. Hinc iterum discrimen est inter juramentum voluntarium, et judiciale; nam voluntarium absque omni causa recusari potest, et si referatur, is, cui refertur, non obligatur jurare; judiciale autem non ita liberum est, ut vidimus. Quod si is, cui delatum est hoc juramentum, nec juret,

nec referat, sed simpliciter recuset juramentum, idque sine justa causa, si reus sit, condemnatur tanquam convictus ad satisfaciendum petitioni actoris; si actor, repellitur a limine judicii *l. jusjurand. cit.* §. *fin.*

31

Dixi *sine justa causa;* nam plures sunt exceptiones, ob quas reus delatum sibi juramentum judiciale simpliciter recusare potest, ut videre est apud H. Canis. *in c. fin. h. t. n.* 3. Laym. *ib. n.* 3. Gonz. *n.* 2. Haun. *tr.* 4. *cit. a n.* 980. Vall. *hic* §. 5. *n.* 4. Pirh. *n.* 88. Engl. *a n.* 22. Konig *n.* 68. Sannig *c.* 5. *n.* 2. Et 1. quidem, si is, qui defert hoc juramentum, nolit jurare de calumnia ad petitionem actoris *l. jusjurand.* 34. §. *qui jusjurandum* 4. *ff. h. t.* ubi statuitur tum tandem praestandum juramentum delatum, cum deferens juramentum de calumnia a se petitum praestiterit, 2. Si deferenti vel ob fori incompetentiam, vel alia ex causa actio non competat; *l. tutor* 35. §. *fin. ff. eod.* Idem dic, si aliunde qui defert juramentum deferendi potestatem non habet; *l. tutor cit.* §. *prodigus* 1. 3. Si qui semel detulit, et revocavit, denuo illud deferat; *leg. siquis* 11. *C. de reb. cred.* quia absurdum est redire ad hoc, cui renuntiandum putavit, 4. Si deferatur super facto alieno iguoto ei, cui juramentum defertur, ut quandoque sunt haeredes, tutores, curatores, procuratores etc. esset enim nimis *grave ignorantes -- sub alieni compendii emolumento, etiam perjurium anceps subire*, ut dicitur *l. videamus* 4. *princ. ff. de in lit. jurand.* 5. Si is, cui defertur, jam ante intentionem suam plene probaverit testibus, aut aliis legitimis probationibus, vel ita probare eamdem velit *c. sicut* 2. *de probat.* ubi dicitur ad juramentum tunc solum recurrendum esse, cum aliae probationes legitimae defecerint. 6. Denique si judici, consideratis circumstantiis, visum fuerit liberare a juramento eum, cui delatum est; nam ut bene advertit Engl. *hic n.* 28. res haec plurimum ab arbitrio judicis pendet: et hinc si viderit illum, qui recusat juramentum, et paratus est alias probationes exhibere, esse virum honestae famae, bonae conscientiae, et fidei probatae, poterit eum liberare a juramento: at si ex conjecturis, et circumstantiis apparet juramentum recusari solummodo protraheudae litis causa, et alias probationes exhiberi tantum ad palliandam falsitatem; poterit urgere judex, ut juramentum deponat is, cui delatum est.

32

Quaeritur 4. in quibus causis deferri juramentum judiciale possit? Resp. in omni causa, quae in judicio proponi potest, prout colligitur ex *leg. ait praetor* 3. §. *quacunque* 1. *et seqq. ff. hoc tit.* et docet Ummius; *process. judic. D.* 14. *n.* 36. Pirh. *n.* 39. Konig.

n. 69. et alii. In iisdem causis regulariter delatum etiam referri potest; nam hoc juramento huic est proprium.

Excipitur tamen 1. in facto alieno; tunc enim si actor factum illud plene probare non potest, et propterea in supplementum necessariae probationis juramentum parti collitiganti deferat, non potest ista juramentum sibi delatum referre, nec recusare, sed praestare illud debet, et si praestare renuat, cogi a judice ad illud poterit, vel pro confesso habetur, prout sumitur ex *l. Marcellus* 11. *§. jurare* 2. *et seq. ff. de act. rer. amot.* et docet Abb. *in c. fin. h. tit. n.* 11. Pirh. *hic n.* 88. Ratio est, quia tunc actor licite recusat juramentum sibi a reo relatum praestare ob periculum perjurii, si juraret de facto alieno, quod supponitur ipsi non satis notum, hoc ipso, quod probare illud plene non possit. Casus hujusmodi esse potest, quo actor reperit e. g. in arca paterna instrumentum debiti, quod plenam probationem non facit; nam eo casu si is debitori juramentum deferat, cum is melius supponatur scire, quid debeat, quam actor, qui debitum controversum non credidit, juramentum sibi ab actore delatum referre non permittitur.

33

Excipitur 2. in actione famosa, seu infami; v. g. furti clandestini; nam eo casu, si actor juramentum reo deferat, non potest iste licite illud referre, ut habetur *cap. fin. citat.* et notat *ibidem* Abb. *num.* 12. Pirh. *num.* 88. *citat.* Ratio est, quia in ejusmodi causis reus plerumque melius scit veritatem, quam actor, sive accusator, cum reo tanquam de facto proprio certo constet, actor tanquam de facto alieno saepe non habeat certam scientiam; quo fit, ut bona conscientia relatum sibi juramentum praestare nequeat, ne, ut in exceptione *praec.* dixi, se periculo perjurii exponat. Procedit autem hoc solum, quando furtum est tale, de quo actor scientiam habere nequeat; nam si furtum non clandestinum, sed apertum sit, factum e. gr. praesente actore, ita, ut etiam ipse scientiam de furto habeat, eo casu etiam in actione famosa reus actori juramentum referre potest, ut docent Abb. Pirh. *loc. citt.*

Sed neque universaliter, et sine discrimine in actionibus famosis deferre semper juramentum licet, sed distinguendum est, an criminaliter agatur de crimine famoso, an solum civiliter. *Si criminaliter* de crimine famoso agitur, in iis causis actor reo deferre juramentum potest, in quibus licitum est transigere; quia juramentum vim transactionis habet, saltem ita, ut praestito juramento, actor repelli debeat, quamvis alius postea de eodem crimine accusare, vel judex procedere ex officio possit. *Si civiliter* de crimine famoso agitur, iterum distinguendum, an agat actor ad proprium

interesse, an ad interesse plurium, vel totius communitatis, quae dicitur *actio popularis. Si primum*, actor reo in actione famosa deferre juramentum potest: *si secundum*, non potest; *l.* 1. *et seqq. ff. de popular. action.* Abb. *in c. fin. cit. n.* 13. Pirh. *hic n.* 93.

34

Quaeritur 5. quid requiratur, ut legitime deferatur juramentum judiciale? Resp. 1. requiritur, ut deferens habeat potestatem illud deferendi, 2. Ut deferatur coram competente judice, qui ordinarie est judex causae, super qua juramentum defertur, vel ejus commissarius, 3. Ut judex authoritate sua delatum approbet, 4. Ut delatio fiat adversa parte, vel ejus procuratore praesente, nisi post legitimam citationem contumaciter non compareat, 5. Ut fiat de tali re, et in tali causa, in qua deferri possit, 6. Ut actor juramentum deferens juvetur saltem aliquibus praesumptionibus non levibus, et arbitrio judicis aestimandis; quae omnia patent ex hactenus dictis.

35

Quaeritur 6. quis sit effectus juramenti judicialis? Resp. alius est, quando delatum est, alius, quando praestitum. *Delati* effectus est, quod debeat praestari, vel referri secundum dicta *n.* 30. nisi is, cui delatum est, pro confesso haberi velit. *Praestiti* effectus complures sunt; nam 1. ex juramento isto datur actio, et exceptio, ut omnes agnoscunt, juratoria secundum aliquos, secundum alios judicati; utra vero reipsa competat, parum interest hujus loci, 2. ejus praestatio cedit pro probatione *l. non erit* 5. §. *dato* 2. *l. nam posteaquam* 9. §. *jurejurando* 1. *l. sed si* 11. §. *fin. ff. hoc tit.* 3. Eandem sequitur sententia condemnatoria, vel absolutoria judicis *l. jusjurandum* 34. §. *fin. ff eod.* tantae firmitatis, ut appellari ab illa nequeat *l. generaliter* 12. §. *sive autem* 3. *C. de reb. credit.* 4. causa jurejurando sic decisa non retractatur per instrumenta postea de novo reperta, nisi specialiter hoc excipiatur lege *l. causa* 1. *C. eod.* vel nisi consensu ipsorum litigantium occasione instrumentorum de novo repertorum efficiatur, ut alia feratur sententia, per quam prior, quae in rem judicatam transiit, rescindatur *l. latam* 4. *C. quand. provocar. non est necess.* Ratio est, quia juramentum judiciale non minus, ac voluntarium speciem transactionis habet, quae regulariter per instrumenta de novo reperta non rescinditur *l. sub praetextu* 19. *C. de transact.*

36

Extendunt hoc communiter DD. etiam ad casum, quo is, cui delatum est juramentum judiciale, perjurium fecit; nam etiam hoc detecto, putant retractari sententiam ex illo latam non posse, nisi sub hac lege delatum sit, vel per probationes in continenti paratas,

quae altiorem indagiuem, vel longiorem dilationem non requirunt, is, contra quem juratum est, juramenti falsitatem demonstrare paratus sit. Quod equidem de juris rigore verum est, ut ex *l. causa* 1. *C. de reb. credit.* clare satis colligitur, et procedit etiam in praxi, si dubium duntaxat perjurium sit. Ceterum aequitate spectata, ubi certum perjurium est, videtur retractari sententiam ex eo a judice latam posse, cum dolum manifestum contineat, ex quo etiam rescindi transactio potest. Eodem modo intellige etiam ea, quae *supra n.* 23. de juramento voluntario sunt dicta.

37

Quaeritur 6. an juramentum judiciale, semel delatum, et acceptatum, a deferente revocari possit? Affirmant Ummius *de process. D.* 14. *th.* 4. *n.* 28. *et th.* 11. *n.* 65. Sersérus *tract. de juram. l.* 4. *c.* 6. *n.* 26. Hann. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 960. Zoes. *ff. h. t. n.* 37. Fundantur 1. textu *l. siquis* 11. *C. de reb. credit.* ibi: *Siquis jusjurandum intulerit, postea* (*utpote sibi allegationibus abundantibus*) *hoc revocaverit*; et paulo post: *Siquis autem sacramentum intulerit; et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere etc.* 2. Quia iniquum est, ut aliquis, altero invito, constituatur in causa propria simul arbiter, et testis: quod fieret, si revocari juramentum delatum, et acceptatum non posset, 3. Quia sacrilegio proximum est perjuriis aperire januam; aperiretur autem, si revocationi hoc casu locus non foret, 4. Quia in caeteris conventionibus, praesertim judicium respicientibus, licet poenitere *l. si convenerit* 18. *ff. de jurisd.*

38

Sed retinenda est negativa sententia, quam etiam defendunt Mascard. *de probat. vol.* 2. *concl.* 959. *n.* 11. *et* 12. Schneidevv. *in* §. *item si* 11. *inst. de action. n.* 79. *et seq.* Barbosa *in l. siquis cit. n.* 3. Gilken *ibid. n.* 1. Brunnem. *n.* 6. *et seqq.* Carpzov. *jurisp. for. p.* 1. *const.* 12. *def.* 4. Berlich. *conclus. pract. p.* 1. *concl.* 32. *n.* 3. et novissime R. P. Schmier *process. judic. c.* 11. *n.* 161. aliique ab hoc *citt.* Ostenditur 1. ex communi regula, quod ea, quae semel deliberate placuerunt, nequeant ulterius displicere *reg. nemo* 75. *ff. et reg. semel.* 21. ac *reg. mutare* 33. *de R. J. in* 6. praecipue in judiciis, ubi, quae semel maturo consilio peracta sunt, fiunt regulariter immutabilia, ne cum publico detrimento vel lites nimium protelentur, vel judicia reddantur elusoria, 2. Quia in mutuis conventionibus, invita altera parte, non licet recedere *l. sicut C. de O. et A.* atqui juramenti judicialis delatio vim conventionis habet; quia habet vim transactionis, ut dictum est *n.* 35. *fin.* 3. Quia per delationem juramenti quaeritur acceptanti jus illud referendi, vel

praestandi, quod jus eidem invito auferri non debet *l. id quod* 11. *ff. de R. J.* ne quod tanquam maximum expediendarum litium remedium a jure inventum est, fomentum fiat earum dilatandarum, et vexandorum hominum.

39

Neque urgent argumenta opposita. *Ad* 1. *l. siquis cit.* intelligenda est, ubi justa causa revocandi adfuerit, qualis esse censetur, si deferens probationes in continenti paratas habeat; quod supponere in *loc. cit.* videtur imperator ibi, *utpote allegationibus sibi abundantibus*. *Ad* 2. id sibi imputare deferens juramentum debet, quod illud sponte detulerit, cum juxta regulam *c. sicut cit.* quae ab initio sunt voluntatis, postmodum fiant necessitatis. *Ad* 3. perjurio praecluditur sufficienter janua, quod deferenti juramentum, si paratas, et abundantes probationes habeat, illud revocare permissum sit. *Ad* 4. textus *l. si convenerit cit.* potius confirmat nostram sententiam; quia ibi solum permittuntur adire alium judicem, qui jurisdictionem alieni in se prorogare voluerunt extra judicium; ceterum si prorogatio facta sit in ipso judicio, poenitendi potestas eisdem aperte negatur; *per l. consensisse* 2. *princ. et l. ubi acceptum* 3. *ff. de judic.*

§. IV.

De jurejurando necessario.

SUMMARIUM

40 *Quid sit juramentum necessarium?*
41 *A quo deferri possit?*
42 *An etiam a judice, parte non petente?*
43 *Cui deferri possit?*
44 45 46 *Regulae in hoc observandae?*
47 *Causae, in quibus deferri potest: ubi excipiuntur criminales.*
48 *Quamvis agatur ad poenam pecuniariam.*
49 *Famosa.*
50 *Civiles arduae.*
51 *Matrimoniales.*
52 *Aliae, quae liquidas probationes exigunt.*
53 *Requisita, ut legitime deferatur hoc juramentum.*
54 *Quaedam notanda.*
55 *Effectus hujus juramenti delati.*
56 57 *Praestiti.*

40

Quaeritur 1. quid sit *juramentum necessarium*? *Resp. juramentum necessarium est, quod judex, causa cognita, ob inopiam probationis plenae uni ex litigantibus defert.* Ita quoad rem omnes.

Necessarium dicitur; tum quia necessario defertur a judice, qui, ne litem faciat suam, omittere illud non potest, si ita petatur a parte; tum quia delatum praestatur necessario, neque referri potest, aut recusari sine justa causa urgente, nisi succumbere, et causa cadere velit ille, cui defertur.

Differt a voluntario, et judiciali prius explicatis; quia non ex voluntate partium, ut ista duo, sed a judice vel ad instantiam partis, vel ex officio defertur ad indagandam veritatem.

Finis ejusdem est vel firmare intentionem jurantis alias non satis probatam, vel purgare conscientiam suspecti. Hinc duplex ejusdem est species: Suppletorium, et purgatorium. *Suppletorium* est, quod judex defert parti, quae semiplene probavit, ut ejus adminiculo probatio compleatur, *purgatorium* vero, quod judex imponit ei, qui suspicionibus oneratus est, ad inde se purgandum, et ostendendam innocentiam suam.

41

Quaeritur 2. a quo deferri possit hoc juramentum? Resp. Deferri potest a judice tam ordinario, quam delegato; nam *l. maximum* 1. *l. admonendi* 31. *ff. hoc tit. et l. in bonae* 3. *l. generaliter* 12. *princ. C. de reb. credit.* loquuntur generaliter. Idem dicendum videtur de arbitrio, nam arbitria ad formam judicii redacta sunt; *l. compromissum* 1. *ff. de recept. qui arbitr.* Barbosa *in cap.* 32. *hoc tit. n.* 1. Zoes. *hic n.* 31. Konig. *n.* 77.

Porro deferre juramentum hoc judex potest non solum ad instantiam partis, sed etiam ex officio, parte non petente, si ita expedire, et aequum esse judex putaverit, ut cum probabiliori defendit Abb. *in c. fin.* §. *sane n.* 15. *hoc tit.* Barbosa *in c.* 32. *eod. n.* 3., Gaill. *l.* 1. *obs.* 108. *n.* 4. Mascard. *concl.* 958. *n.* 47. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tract.* 4. *n.* 1014. Pirhing *hic n.* 98. Konig *n* 78. Ratio est, quia judex cuncta rimari, et pro veritate eruenda modis omnibus laborare debet; *can. judicantem* 11. *caus.* 30. *quaest.* 5. *leg. judices* 9. *Cod. de judic.* et quandocunque aequitas postulat, interrogare litigantes in judicio potest; *l. ubicunque* 21. *ff. de interrog. in jur. faciend.* ergo etiam juramentum parti deferre potest, ut veritate cognita, juste judicet. *Neque obstat*, quod alias judex impertiri officium suum non debeat, nisi petenti juxta *leg. dies cautioni* 4. §. *hoc autem* 8. *ff. de dam. infect.* id enim intelligendum dumtaxat est, quod judex in causa civili vocare reum in judicium nequeat, nisi ejus officium ab actore imploratum fuerit; nam postquam semel judicium coeptum est, multa facere potest, quae actor non petiit.

42

An vero etiam teneatur judex deferre hoc juramentum, parte non petente, controvertitur inter DD. affirmantibus quibusdam, aliis negantibus. *Qui affirmant*, deducunt istud ex *leg. in bonae* 3. *cod. de reb. credit.* ubi judici imponitur necessitas quaedam recurrendi ad juramentum, quando alioquin non facile potest causam dicere. *Qui negant*, illud colligunt ex *cap. fin.* §. *sane hoc tit.* ubi dicitur, quod judex illud possit deferre, non autem, quod deferre debeat. Utrique sententiae aliquid tribui potest, si cum Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 1019. dicatur, non quidem tantam necessitatem esse, ut si non delato juramento, procederet ad absolutionem ,ei, propterea sententia esset invalida, esse tamen necessitatem quandam moralem, ita, ut hoc omisso, judex non censeatur exactissime fecisse officium suum, sed aliquo modo reprehensibilis esse. Primam responsionis partem, si aliquid probat, probat textus *cap. fin. citat.* alteram *l. in bonae cit.* ubi verbum *oportet* saltem moralem quandam necessitatem indicat; et confirmatur ex §: *sane cit.* ubi expresse verba diriguntur ad judicem, ejusque prudentiae committitur, an actori, vel reo velit deferre juramentum. Igitur cum ex communi doctrina, quando verba legis ad judicem diriguntur, censenda sint requirere illius officium, non solum poterit, sed etiam debebit (non tamen alia, quam morali necessitate) deferre hoc juramentum, etiam non petitus.

43

Quaeritur 3. cui deferri possit juramentum necessarium? Variae sunt sententiae. *Prima* tribuitur Azori, Accursio, et Baldo, vultque hoc juramentum deferendum reo; *secunda* adscribitur Bartolo, Jasoni, Seraphino, et quibusdam aliis, juxta quos debet deferri actori. *tertia*, et communis cum Vallens. §. 5. *hoc tit. n.* 11. Zoes. *n.* 39. Pirhing *n.* 89. Konig *n.* 80. Sannig *cap.* 5. *n.* 6. putat id judicis arbitrio relinquendum, ut, cui putat esse aequius ad veritatem obtinendam, illud deferat; et videtur hoc colligi ex *c. fin.* §. *sane cit. in fin.* modo ille, cui defertur, persona legalis, ac talis sit, quae mereatur fidem; qui enim sunt inhabiles ad testificandum in causa aliena, a fortiori inhabiles erunt ad testificandum per juramentum in causa propria, cum erga rem propriam impensiori, quam erga alienam, affectu ducantur; Ummius *loc. cit. th.* 14. *n.* 19. et passim DD.

Porro, ut facilius in hoc negotio judex ferre possit judicium, juvari potest sequentibus regulis, 1. Si actor in probatione omnino defecit, seu nihil probavit, reus, etsi nihil praestiterit, obtinere, sive absolvi debet, etiam sine juramento. Ita glossa *in lib.* 3. *cod. de reb. credit. in notat.* et colligitur aperte ex *cap. un. eccl. benef.*

fin. dim. confer. et cap. fin. hic, juxta quos textus, actore non probante, reus, etsi nihil praestiterit, est absolvendus. Ratio est, quia actor accedens ad judicium propriis, et non e domo rei petitis probationibus hunc debet convincere; ideoque absurdum est, cum aliam probationem desperaverit, tum demum ad religionem juramenti convolare. Neque obstat *l. tutor* 35. *ff. hoc tit.* ubi, deficientibus aliis probationibus, permittitur juramentum; nam ut *n.* 27. explicavi, ad deferendum reo juramentum requiritur saltem, ut pro actore stet praesumptio.

44

2. Si actor praesumptionem pro se habet, reo juramentum deferri potest ad sui purgationem; probabilius autem actori eo casu juramentum suppletorium judex deferre nequit, ut post Bartol. *in l.* 3. *C. de reb. credit.* advertit Abb. *in c. fin.* §. *sane cit. n.* 8. tum quia rei favorabiliores potius, quam actores habentur; *l. favorabiliores* 125. *ff. de R. J.* tum vero maxime, quia cum juramentum tantum semiplene probet, et actor non semiplenam probationem, et praesumptionem tantum pro se attulerit, plena probatio per juramentum non efficeretur.

3. Si actor semiplene probavit intentionem suam, reus vero nihil probavit, et pro defensione sua aliud nihil praestitit, quam quod negarit intentionem actoris, actori potius deferendum est juramentum, quam reo; Menoch. *de arbitr. cas.* 190. *n.* 20. Fachin. *l.* 1. *contr. cap.* 18. Ummius *D.* 14. *th.* 16. *n.* 87. Vinnius *select. quaest. l.* 1. *c.* 44. Engl *hic n.* 37. Vviestner *n.* 34. et novissime P. Schmier *process. judic. cap.* 11. *n.* 177. *et duob. seqq.* Colligitur ex §. *sane cit.* ubi dicitur, quod judex inspectis circumstantiis causarum, et personarum, actori juramentum suppletorium deferre possit. Nulla autem est major ciscumstantia, quae movere judicem possit ad deferendum juramentum actori, quam cum is intentionem suam semiplene probavit, reo contra nihil probante; tunc enim merito opinari potest, quod actor veritatem dicat, reus autem mentiatur.

4. Si semiplena probatio allata est ab utroque, juramentum deferendum est reo, ut patet ex §. *sane cit. et l. admonendi* 31. *ff. h. tit.* nisi actoris probatio propter dignitatem, vel integritatem personae etc. dignior foret; tunc enim juramentum huic deferendum esse existimat Fachin. *cap.* 18. *cit. in fin.* Menoch. *n.* 19. Rosb. *praxit. civil. tit.* 67. *n.* 6. P. Vviest. *n.* 35. P. Schmier *n.* 180. quod sic major esset probabilitas obtinendae veritatis.

45

5. Si actor plene probavit, reus contrarium probavit semiplene, sententia fertur pro actore, et juramentum reo non defertur,

neque deferri potest; Abb. *in cap. fin.* §. *sane cit. n.* 10. Durand. *specul. tit. de juram. delat. n.* 10. Vviest. *n.* 35. *cit.* Schmier *n.* 183. Ratio est, quia plena probatio actoris infringi non potest per contrariam rei semiplenam, cum in judicio is obtineat, qui plenius probavit. *Excipitur*, si probationes utriusque non sint contrariae, sed compossibiles, ut fieret, si actor probasset plene mutuum a se datum Cajo, Cajus semiplene probasset solutionem mutui a se factam, tunc enim obstante plena probatione actoris, juramentum a judice deferendum est reo, nisi etiam contra hanc exceptionem actor plenam probationem afferat. *Ratio est*, quia juramentum suppletorium deferendum est illi, qui semiplene probavit id, cujus oppositum adversarius nullo modo probavit. Atqui hoc modo res se habet in casu controversiae; nam licet actor plene probaverit se mutuum dedisse; nullo tamen modo probavit semiplene non fuisse factam solutionem; unde reus se habet hic ut actor; actori autem semiplene probanti defertur juramentum suppletorium, quando adversarius contrarium non probavit, ut prius dictum est: ergo etc.

46

6. Si tam actor, quam reus plene probarunt intentionem, tunc iterum considerandum est, an probationes sint contrariae, vel compossibiles. *Si compossibiles sint,* ut in casu *n. praec.* probatio exceptionis enervat intentionem actoris, et cons. non est opus juramento suppletorio, sed sine hoc ferenda est pro reo sententia. *Si contrariae sint,* e. g. quod actor mutuum a se datum Cajo plene probet per duos testes, Cajus per alios duos testes plene probet mutuum se ab actore non accepisse, iterum judex attendet ad qualitatem personarum, et alias circumstantias, et illi deferet juramentum, in quo major est probabilitas obtinendae veritatis. Si omnia sint paria, posset quidem judex reum absolvere, si tamen juramentum deferendum putet, potius reo deferet, cujus melior, et favorabilior est conditio.

47

Quaeritur 4. in quibus causis deferri juramentum necessarium possit a judice? Resp. juramentum necessarium in supplementum probationis regulariter a judice deferri potest in quavis causa, quae specialiter jure non excipitur, ut patet ex *leg. ait praetor* 3. §. *in quacumque* 1. *ff. h. tit. et leg. in bonae* 3. *C. de reb. credit.* Ratio est, quia juramentum suppletorium est de genere permissorum, ac proinde deferri potest in omnibus causis non exceptis.

Excipiuntur autem 1. *causae criminales criminaliter intentatae*; nam in his licet reo ad sui purgationem juramentum a judice deferri possit, *c. fin.* §. *h. tit.* non tamen potest actori deferri juramentum suppletorium ad complendam probationem, si tantum semiple-

ne probavit. Ita Menoch. *de arbitr. cas.* 464. *n.* 2. Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 39. *n.* 11. Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 15. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 1038. Vvesembec. *ff. h. tit. n.* 10. Vvagn. *in c. fin. cit.* Vall. *hic.* §. 6. *n.* 2. Pirh. *n.* 95. Engl. *n.* 35. Konig. *n.* 84. Vviest. *n.* 36. Ratio est, quia in criminalibus causis criminaliter intentatis requiruntur probationes plenissimae, et quae sint luce meridiana clariores; *l. fin. C. de probat.* et necesse est reum esse vel confessum, vel convictum, ut condemnari possit; *l. qui sententiam* 16 *C. de poenis*, talis autem probatio, quae habet solum ex juramento actoris supplementum suum, non potest dici luce meridiana clarior; ergo non juramentum, sed tortura potius est adhibenda, ut semiplena actoris probatio confirmetur confessione rei. Si vero iste nec in tortura fateatur crimen, vel talis persona sit, quae ob dignitatem suam torqueri non debeat, potius debebit absolvi, cum hoc fiat sine praejudicio tertii, et melius sit decem nocentes absolvi, quam unum innocentem condemnari.

48

Proceditque hoc, etiamsi ex crimine non agatur ad poenam corporalem, sed ad pecuniariam applicandam fisco, ut contra Clar. §. *fin. q.* 63. *n.* 3. Berlich. *concl. pract. p.* 1. *concl.* 54. *n.* 7. *et seq.* Carpez. *p.* 1. *conl.* 23. *def.* 11. et alios probabilius docent Menoc. *de arbit. cas.* 464. *n.* 3. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 1039. et probari videtur ex *can. sciant.* 2. *caus.* 2. *q.* 8. *et l. fin. C. de probat.* ubi in causis criminalibus sine distinctione requiruntur probationes evidentes. Ratio est, quia causae criminales, etiam leves, dicuntur quavis causa civili graviores. Atqui in causa civili ardua, ut mox dicetur, non potest deferri hoc juramentum; ergo etc. Aliud est, si de crimine ad poenam pecuniariam agatur solum civiliter; nam tunc si actor intentionem suam probavit semiplene, et actio non sit famosa, ex communi DD. opinione juramentum suppletorium deferri potest. Et ita intelligendus est textus *l. ait praetor* 3. §. *quacunque* 1. *ff. hoc tit.* ibi: *poenali actione*, *et cap. fin. eod.* ibi: *famosa actione*: quod colligitur ex verbo *actione* utroque in loco usurpato; ubi enim criminaliter agitur, dicitur potius accusatio, quam actio *l. de fide* 16. *C. ad leg. Cornel. de fals.*

49

Excipiuntur 2. *causae omnes famosae*, in quibus condemnatus fit infamis, e. g. causa furti, injuriarum, usurarum; quia infamia per se loquendo est malum civile gravissimum, et prudenter multis jactura bonorum, imo et morte gravius; *l. justa* 9. *princ. ff. de manumiss. vincict.* Vivian. *in fin. hoc tit.* Laym. *ibid. n. et* 4. Barb. *n.* 1. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 1046. et hoc teste communis, et vera

sententia. Potest tamen eo casu judex reo deferre juramentum purgationis, ut expresse habetur *l. furti* 6. §. *sed etsi* 4. *ff. de his, qui not. infam. et l. lex Cornelia* 5. §. *hac leg.* 8. *ff. de injur. et famos. libell. ibi: hac lege permittitur etc.* Ex quo *confirmatur* 1. exceptio; nam si in hujusmodi famosis jura vellent juramentum suppletorium deferri posse actori, profecto iniquum esset, juramentum purgationis deferri reo. *Conf.* 2. *ex c. fin.* §. *sane cit.* ubi in actione famosa non permittitur reus referre juramentum sibi delatum. Ergo supponitur etiam non permitti, ut actori deferatur; nam si illi deferri posset, a fortiori permitteretur referri.

50

Excipiuntur 3. *causae civiles*, etiam non famosae, sed *valde arduae, et magnae*, quae causis criminalibus aequiparantur; Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 18. *n.* 4. Gaill. *l.* 2. *obs.* 94. *n.* 8. Mascard. *de probat. concl.* 958. *n.* 30. Laym. *l.* 4. *theol. mor. tr.* 3. *cap.* 5. *n.* 3. *dict.* 2. Barb. *in cap.* 2. *de prob. n.* 48. Vall. *hic* §. 6. *n.* 2. Pirh. *n.* 96. Engl. *n.* 35. Konig *n.* 82. Vviest. *n.* 38. Ratio est, quia hoc casu ob suspicionem perjurii juramentum non faceret semiplenam probationem sed tantum indicium, et praesumptionem. Hinc si actor in hujusmodi causa plusquam semiplene probavit; ita ut valde parum de plena probatione desit, etiam in his causis juramentum suppletorium reo deferri potest. Idem dicendum, si is, contra quem agitur, de mendacio, vel perjurio antea convictus fuit; nam hic, si alia adminicula concurrant adversus ipsum, pati debet, ut contra eum in alia causa, etsi magna, juretur in supplementum probationis. Quaenam autem sint causae arduae, et magnae, judicis arbitrio deferri solet; Menoch. *de arbitr. cas.* 190. *n.* 18.

51

Excipiuntur 4. *causae matrimoniales*; quia etiam ipsae graves, et arduae esse censentur, cum agatur quasi de statu hominis, et per illud quodammodo servitus constituatur; gloss. *c. mulieri* 34. *V. absolutio hoc tit.* Mascard. *concl.* 958. *cit. n.* 43. Barbos. *in c.* 34. *cit. n.* 4. Haun. *tr.* 4. *cit.* 1044. Vall. §. 6. *cit. n.* 4. Pirh. *hic n.* 97. Vviest. *n.* 39. ubi tamen distinguendum est, an agatur de matrimonio dissolvendo, an de eodem contrahendo, vel contracto sustinendo. *Si primum*, satis convenit inter DD. juramentum suppletorium probationis a judice illo casu deferri non posse, cum non conveniat tam grave negotium religioni conjugis impedimentum asserentis committere; unde opus erit, ut plenae afferantur probationes de impedimento. *Si secundum*, et is, qui post semiplenam probationem deferri sibi juramentum petit, sit probitate, et integritate conspicuus, et inferiorem, vel certe non superiorem in matrimonium pe-

tat, ad instantiam ipsius supplementum probationis deferri potest a judice, prout colligitur ex *cap. mulieri cit.* ibi : *praestito juramento*: Idem quoad hoc dicendum de *matrimonio spirituali*, *sive professione religiosa*, ut notat Pirh. *l. cit.* nam validum est argumentum a matrimonio carnali ad spirituale, et a pari procedunt.

52

Excipiuntur 5. omnes illae causae, in quibus lex, vel statutum requirit legitimas, manifestas, liquidas, indubitatas, plenas, et evidentes probationes; Haun. *n.* 1050. Ratio est, quia intentio statuti est requirere tales probationes, quales in criminalibus requiruntur per *l. fin. C. de probat.* hoc ipso enim, quod velit fieri probationes plenas, excludere censetur supplementum probationis, quae est quaedam probationis relevatio. Admittunt tamen etiam in his causis aliqui juramentum suppletorium deferri posse actori, si plusquam semiplene probaverit intentionem suam, et insuper alia indicia, et praesumptiones probationem ejusdem adjuvent: quod Haun. *n.* 1051. concedit in iis casibus solum, in quibus hoc sufficere concedunt jura, et doctores; in aliis negat.

53

Quaeritur 5. quid requiratur, ut juramentum hoc dicatur legitime delatum parti? Quid requiratur, ut juramentum purgatorium legitime delatum sit, dicetur *libr.* 5. *tit* 43. *de purg. canon.* Ut juramentum suppletorium legitime deferatur, plura sunt requisita, quae enumerant Marant. *de ordin. judic. part.* 6. *l. de juram. n.* 4. *et seq.* Myns. *cent.* 1. *n.* 1. *et seq.* Pax Jord. *libr.* 14. *t.* 22. *n.* 146. *et seq.* Haun. *to.* 5. *trac.* 4. *a n.* 995. Vvag. *in cap. fin. h. t.* Pirh. *hic n.* 91. Konig *n.* 85. Sunt autem sequentia 1. ut a judice deferatur, et quidem praevia cognitione causae; *l. in bonae* 3. *C. de reb. cred.* Consistit autem ista cognitio causae potissimum in eo, ut judex bene consideret, et attendat circumstantias tum causae, in qua defertur, tum personae, cui defertur, an utrobique adsint omnia, quae ad deferendum hoc juramentum requiruntur a jure. 2. Ut deferatur altera parte praesente, vel citata ad videndum deferri; alioquin non valeret, ut cum aliis notat Gaill. *l.* 1. *obs.* 108. *n.* 8. ubi tamen addit, hoc non observari in camera, sed sufficere citationem ad totam causam 3. Ut deferatur ei, qui veram scientiam rei habet per sensum corporeum; quia sic jurans aequiparatur testi, qui si deponat tantum de credulitate, et non de visu, vel alio sensu corporeo, regulariter nihil probat, ut dictum est *tit.* 20. *n.* 115. 4. Ut is, cui defertur, sit persona honesta, et bonae vitae; nam personae vili, et suspectae de perjurio non defertur, quippe quae nec in aliena causa, licet illi minus afficiatur, pro teste admittitur; *Tit.* 20. *cit. n.* 28. 5. Ut cau-

sa non sit ardua, seu gravis, et magni momenti; nam in causis arduis, et criminalibus non defertur juramentum suppletorium actori, ut dictum est *n.* 47. *et seq.* 6. Ut sit semiplene probatum; et quidem concludenter, atque ita, ut dicta semiplena probatio non sit elisa in aliquo per contrarias probationes; nam alias non faceret plenam probationem, cum ipsum juramentum per se tantum faciat semiplenam. 7. Ut deferatur, vel saltem petatur deferri ante conclusionem in causa; nam post conclusionem in causa non amplius deferri potest ad instantiam partis; cum illa probationibus, et cons. juri petendi juramentum suppletorium renuntiarit.

54

Circa hoc ultimum requisitum sequentia adverti debent 1. Deferri hoc juramentum posse, etiam post publicatas attestationes: imo tunc omnium optime defertur; quia tunc solum potest constare parti, quantum in causa probatum sit, ut consulere sibi juramentum petendo possit. 2. Sufficere, si ante conclusionem in causa petitum sit licet post conclusionem in causa deferatur a judice, vel praestetur a parte. 3. Regulariter hoc juramentum deferri posse usque ad conclusionem in causa, nisi certus terminus probatorius assignatus esset: ubi distinguendum an terminus probatorius assignatus sit simpliciter v. g. dicendo, *probationes fiant intra tres septimanas*, an sub terminis universalibus, et extensionem significantibus, nempe per omne genus probationis. *Si primum*, sic constituendo terminum videtur judex respexisse ad probationes proprie tales, et cons. licebit, etiam elapso termino probatorio, petere juramentum. *Si secundum*, praesumitur ejus intentio voluisse coarctare terminum etiam ad juramenti petitionem; Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *cit. n.* 1027. Contrarium tamen defendit Ummius *th.* 17. *n.* 92. 4. Post conclusionem in causa partem non amplius posse petere delationem juramenti; quia cum post attestationum publicationem pars scire possit, utrum intentionem suam plene probaverit, hoc ipso, quod juramentum non petierit, sed in causa concluserit, censebitur fassa fuisse jus partis adversae: unde si illud deferri velit post conclusionem in causa, non allegata causa probabili ignorantiae, vel alterius impedimenti, praesumptio est contra ipsum, quod sciens causam non satis bonam habeat, cum auxilium adeo facile tempore a jure constituto adhibere neglexerit. 5. Judicem ex officio tam ante, quam post conclusionem in causa juramentum istud deferre posse, ut cum aliis advertit Gail. *l.* 1. *obs.* 108. *n.* 4. *et* 5. Ratio est, quia judex cuncta rimari, et pro habenda veritate omnibus modis laborare debet. Deinde judici in causa nunquam concluditur; *l. ubicunque* 21. *ff. de interrog. in*

jur. faciend. ergo si ita necessarium esse judicet ad ferendam justam sententiam, poterit juramentum istud deferre judex.

55

Quaeritur 6. quis sit effectus juramenti necessarii? Resp. Juramenti purgatorii effectus est purgatio suspicionis, de quo iterum ex instituto *lib.* 5. *t.* 34. *de purg. can.* juramentum suppletorium quoad effectum dupliciter spectari potest, sc. ut delatum, et praestitum.

Delatum operatur absolutam necessitatem illud praestandi; neque enim referri illud adversario, vel recusari potest, nisi ex justa causa, ut habetur *in c. fin. h. t. l. generaliter* 12. §. *sed juramento* 1. *et seq. C. de reb. credit.* et docent Marant. *p.* 6. *tit. de juram. n.* 2. Vves. *ff. h. t. n.* 7. *et* 10. Vivian. *in c. fin. cit.* Laym. *ibid. n.* 1. Gonz. *n-* 2. Barb. *n.* 1. Vall. §. 5. *hic n.* 10. Zoes *n.* 34. Konig, *n.* 80. Qui sine justa causa recusat juramentum istud sibi delatum a judice, causa cadit, et contra illum pronuntiat judex, cum tali casu causa id recusandi unica esse praesumatur metus perjurii; Gonz. *n.* 2. *cit.* Sed neque judex, postquam hoc juramentum aliquando detulit, remittere illud potest; sicut partes a se delatum possunt, ut colligitur ex *l. bonae* 3. *C. de reb. credit.* ubi expresse dicitur, quod causa cognita, rem jurejurando decidi oporteat. *Excipitur*, si post delatum juramentum judex advertat, personam, cui delatum est, talem esse, cui deferri prohibeatur; tunc enim potest illud revocare; *arg. l. quod jussit* 14. *ff. de re judic.* Ratio est, quia lapsus est inculpabili ignorantia, quae cum fuerit causa delationis, sequitur delationem fuisse involuntariam. Porro eaedem causae, quas supra *n.* 31. dixi esse justas, ut recusari possit juramentum judiciale, sufficiunt etiam, ut recusari juramentum necessarium possit: in quo ne insufficientes, et frivolae afferantur, permittitur judici, ut ipse examinet justitiam causae, et siquam non satis justam invenerit, illam rejiciat, ita tamen, ut pars litigans, si in hoc injuste gravari se putet, appellare possit, ut colligitur ex §. *sed juramento cit.* junct. glos. *V. auxilium.*

56

Praestiti effectus est, quod probationem imperfectam integret, et perficiat, cons. faciat, ut sententia ferri debeat pro eo, qui juravit; Vallens. *hic* §. 7. *n.* 2. Haun. *tr.* 4. *cit. n.* 1031. Konig *n.* 89. Sann. *cap.* 6. *n.* 1. cum aliis. Ab hac tamen sententia non tantum intra decennium, ut in aliis sententiis, appellare est licitum, sed potest illa quocunque tempore ob instrumenta noviter reperta retractari, et rescindi, etiam ab eodem judice, ut habetur *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Ratio est, quia juramentum necessarium judex ex inopia probationum detulit: ergo copia probationum emergens il-

lud infirmat. Accedit, quia in hoc juramento non intercedit consensus litigantium, cum judex uni id deferat invito altero; igitur aequum est hunc audiri si per instrumenta noviter reperta probare possit adversarium jurasse falsum. Proinde cum *l. sub specie* 4. *C. de rej. et l. imperatores* 35. *ff. eod.* dicitur sententiam, quae transit in rem judicatam, instrumentis novis repertis non retractari, id intelligendum est, quando ordinaria cognitione; et probatione definita est lis, non vero quando inopia probationum ex religione, et fide ipsius partis decisa est, ut bene advertit Vvesemb. *ff. h. tit. n.* 11. Estque perinde, sive actor inveniat nova instrumenta ad probandam intentionem suam, sive reus ad ostendendam liberationem, et solutionem factam. Ratio est, quia reus est favorabilior actore, cons. quod actori permittitur, reo minime denegari debet.

57

Idem aliqui dicendum volunt, cum novis testibus sententiae per juramentum decisae falsitas ostendi potest; nam etiam tunc rescindendam docent, eo, quod etiam testes instrumentorum appellatione contineantur; *l. instrumentorum* 1. *ff. de fid. instrum.* Sed alii de hoc dubitant: ostendunt, majorem esse rationem, quod sententiae juramento latae rescissio magis tribuatur instrumentis noviter repertis, quam testibus noviter productis; nam 1. testibus est periculum subornationis; quod non est in instrumentis 2. Frequentius accidit instrumenta latentia de novo reperiri, quam inveniri novos testes, qui intra terminum probatorium haberi non potuisseut. 3. Universim in testibus facilius fraus committitur, quam in productione instrumeutorum.

Quidquid de hoc sit, certum est ob instrumenta noviter reperta rescindi sententiam juramento latam posse. Neque obstat, quod id non fiat in juramento voluntario, et judiciali; nam disparitas est, quia juramentum necessarinm defertur a judice, juramentum voluntarium autem, et judiciale a parte cum consensu alterius partis, adeoque rationem conventionis habet: quod autem semel conventione mutua sopitum, transactumque est, non debet iterum sub specie instrumentorum postea repertorum retractari, praesertim accedente juramenti religione.

§. IV.

De jurejurando necessario.

SUMMARIUM

58

Quaeritur 1. quid sit *juramentum in litem*? Haec est altera, *ut n.* 9. dixi, species juramenti assertorii. *In litem juramentum* dicitur, quia principaliter in litem, aut potius in ipsam litis, i. e. rei in judicium deductae aestimationem concipitur: unde etiam *litis aestimatio*, seu *juramentum litis aestimatorium* dicitur. Definitur, quod sit *juramentum; quo lis, seu res, de qua in judicio agitur, aestimatur*; *l.* 1. *et seqq. ff. de in lit. jurand.* Vvesemb. *ff. ibid. n.* 2. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 22. *n.* 362. Haun. *tract.* 4. *n.* 1075. Vvagn. *in rubr. fin. hic*, Konig *n.* 92.

Triplex dividitur, videlicet in juramentum verae aestimationis, juramentum affectionis, et juramentum super inter esse singulari, seu extra rem. *Juramentum verae aestimationis*, seu *veritatis*, ut alii vocant, est, quod defertur ad cognoscendam quantitatem, seu verum valorem rei per alterius vim, aut dolum amissae; *cap. fin. de iis, quae vi metusque causa etc. l. in actionibus* 5. §. *sed in his* 3. *ff. de in lit. jur. juramentum affectionis* illud dicitur, quod defertur super aestimatione rei valde charae ob dolum alterius amissae, vel destructae, non secundum valorem communem, et taxationem, sed secundum privatam affectionem, et utilitatem consideratae; *l. videamus* 4. §. *jurare* 2. *ff. eodem. juramentum super interesse singulari*, seu *extra rem* praestatur, v. g. super damno, quod propter pecuniam, e. g. alibi depositam, debito tempore non restitutam, deponens est passus, quia propterea vinum, frumentum etc. postea majori pretio debuit emere; *l. c. n.* 5. *ff. eodem.*

Omnia haec in judicio locum habent : neque obstat, quod in jure affectionis ratio non habeatur, sed tantum pretii, quod ex communi judicio, non singulorum utilitate desumendum est, ut habetur *l.* 33. *ff. ad leg. aquil. l.* 63. *ff. ad leg. falcid. et l.* 6. §. 2. *ff. de operis servorum* ; nam haec jura loquuntur, seclusa poena contumaciae in restituendo, ob quam potest judex, jure sic permittente, hac poena afficere reum, ut debeat affectioni actoris, per juramentum taxandae, satisfacere ; *l. rem.* 1. *et tutor.* 8. *ff. de in lit. jur.* Huic ut juramentum affectionis deferri possit, opus est, quod is, cui defertur, condemnatus sit de dolo, quo moram trahat in restituendo.

59

Quaeritur 2. quis deferre juramentum hoc possit? Resp. cum distinctione ; nam *juramentum veritatis* (idem dici debet de *juramento super interesse singulari*) deferri potest non solum a judice, sed etiam a reo, praesente tamen judice ; *juramentum affectionis* autem a solo judice : si alius detulerit ; vel eo non delato, juratum sit, nullum erit juramentum ; *l. videamus* 4. §. *deferre* 1. *ff. de in lit. jur.* Marant. *p.* 6. *tit. de juram. n.* 16. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 1084. Konig *hic e.* 95. Ratio est, quia, ut *n. praec.* insinuatum est, juramentum affectionis defertur in poenam doli, et contumaciae ; solus autem judex potestatem puniendi habet. Similis ratio non pugnat in juramento veritatis ; nam eo juramento non coercetur dolus, et contumacia rei, sicut per juramentum affectionis fit, et cons. rationem poenae non habet. Igitur etiam a reo deferri poterit, cum ratio nulla sit restringendi.

Dubium est, an judex necessario deferre juramentum hoc debeat? Affirmat Ant. Faber, in hoc secutus Bartolum. Vera sententia distinguit ; nam quando res dolo, et contumacia non restituta non amplius extat apud reum, tunc equidem ad officium judicis spectat hoc juramentum deferre, et hoc modo contumaciam plectere. At si post contumaciam res adhuc extat, tunc est in arbitrio judicis, an auferre rem a reo velit militari manu, an contra juramentum deferre actori; *l. videamus* 4. §. *jurare* 2. *et l. in actionibus* 5. §. *sed judex* 1. *ff. de in lit. jur.*

60

Quaeritur 3. cui deferri juramentum in litem possit? Resp. 1. Potest deferri *actori*, qui dominus litis est, et litem suo nomine contestatus est ; *l. vulgo* 7. *ff. de in lit. jurand.* Extenditur etiam ad agentem actione publiciana ; nam licet eo casu non praetendat absolute dominium, tamen pro domino, seu instar domini habetur, et consideratur, adeo, ut si in libello diceret se esse dominum, non rejiceretur ; quia vocabulum *dominus* intelligeretur acceptum in sen-

su latiore; Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *n.* 1087. 2. *tutori* in causa pupilli, *curatori* in causa minoris clientis sui, dummodo non ad suam, sed ad domini utilitatem jurisjurandi aestimationem referant, ut colligitur ex *l. videamus* 4. *princ. ff. de in lit. jurand.* et ratio est, quia licet domini litis non sint, in jure tamen loco domini habentur; *l. tutor* 27. *ff. de administr. tutor et l. qui fundum* 7. §. *si tutor* 3. *ff. pro emptor.* Quia tamen rei, de qua agitur, utpote alienae, justam ignorantiam habere possunt, cogendi non sunt, ut in litem hoc casu jurent, ne *sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subeant*, ut dicitur *l. videamus princ. cit.* 3. *haeredibus defuncti*, ita tamen, ut non defuncti, sed sua jurent affectione: sufficit autem illos ab aliis sibi comparare notitiam, et de credulitate jurare, ut notat Eckolt *in l.* 7. *ff. de in lit. jur.* §. 4. et ex eo advertit Konig *num.* 100.

61

E contrario in litem jurare non potest 1. *mater* pro filio; quia non est domina litis; *l. videamus princ. cit.* 2. *pupillus* etiam in causa propria; *princ. cit.* et ratio est, quia etsi sit litis dominus, sicut et aliarum rerum quarumlibet, in judicio tamen sine tutore non potest consistere; *l. si cum esses* 1. *C. qui legit. person. stand. in judic.* sed tutore auctore agit, et convenitur *l. in rebus* 2. *C. eodem,* sicque non tam ipse litem contestari videtur, quam tutor. Aliud dicendum de minore: nam iste, etsi requirat in lite assistentiam curatoris, in litem tamen jurare potest; *l. videamus princ. cit. in fin.* quia litem nihilominus suo nomine contestari videtur; Haun. *n.* 1091. 3. *procurator*; quia licet per litis contestationem evadat dominus litis, i. e. instantiae, non tamen suo, seu principalis nomine eandem est contestatus; Pax Jordan. *tit.* 22. *n.* 367. Haun. *n.* 1086. Konig *n.* 97. Hodie tamen etiam procuratorem, si is speciale mandatum habeat, juramentum hoc in mandantis animam praestare posse cum Rosbachio notat Haun. *n.* 1088.

62

Dubium est, an juramentum in litem delatum actori, qui acceptavit quidem illud, sed antequam praestaret, mortuus est, deferri postea haeredi ejusdem possit? Resp. distinguendo: aut enim constat sufficienter, eum, cui delata est jurisjurandi conditio, paratum fuisse ad jurandum, quia v. g. seipsum obtulit, vel procuratori a se constituto speciale ad hoc mandatum dedit; aut contra non satis constat defunctum paratum fuisse ad sic jurandum. *Si primum*, testatur Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 13. in camera decisum esse, non solum haeredibus juramentum deferri posse; sed perinde esse, acsi defunctus jurasset ipse, eo quod mors tali casu loco juramenti sit, cum

quilibet ibi praesumatur esse memor salutis suae, nec velle mori in tam peccaminosa voluntate alterum injuste, et cum injuria laedendi. *Si secundum*, videndum, an haeredes sufficientem rei notitiam habeant, vel non; nam si istam habeant, non est causa, cur ipsis deferri juramentum istud non possit.

63

Quaeritur 4. contra quem reum deferri possit juramentum in litem? *De juramento veritatis* nulla est difficultas; nam deferri potest contra quemcunque reum, cujus causa agitur. *De juramento affectionis* major est difficultas. Certum est ex dictis *n.* 58. *fin.* posse deferri contra illum, qui rem restituere condemnatus ob dolum vel non restituit, vel non exhibet, vel dolo fecit, quo minus restituere possit.

Dubium triplex oritur. 1. utrum deferri possit contra haeredem defuncti, si iste fuit contumax? 2. an contra tertium possessorem? 3. an contra eum, qui quidem formalem dolum non commisit, sed tamen latam culpam, qua factum est, ut rem amplius restituere nequeat?

Ad 1. Vel lis est contestata cum defuncto, vel nondum est contestata. *Si primum*, etsi haeres dolum non commiserit, juramentum contra ipsum deferri potest; tunc enim est prosecutio actionis jam coeptae cum defuncto. *Si secundum*, et haeres in dolo non sit, deferri contra eundem non potest; cum enim deferatur solum propter dolum, dolus defuncti ante actionem coeptam obesse haeredi non potest.

64

Ad 2. dicendum non posse conferri contra tertium, si ipse in dolo non sit, quo minus rem exhibeat; Haun. *n.* 1095. Ratio est, quia cum careat culpa doli, et contumaciae, non est puniendus, atqui puniretur, si contra eum deferretur juramentum affectionis; ergo etc. *Procedit* hoc, etiamsi ille tertius possessor dolo fecisset, ut res aliena ipsi traderetur; nam si deinde absque dolo rem illam perdidit, vel destruxit, jurari contra eum non potest; quia, ut Haun. *n.* 1097. advertit, dolus a principio commissus, non consideratur in delatione juramenti, sed qui committitur cum contumacia in non restituendo.

Ad 3. teste Haun. *n.* 1092. communis, et vera est sententia affirmativa contra Accursium. Constat *arg. l. is qui* 2. *C. de in lit. jur.* Ratio est, quia lata culpa dolo aequiparatur. Neque obstat *l. videamus* 4. §. *fin. et l. in actionibus* 5. §. *sed in his* 3. *ff. eod.* ubi dicitur *ob dolum solum in litem jurari*, *non etiam ob culpam.* Nam ex consueto modo loquendi in jure, quando vox *culpa* sine addito ponitur, de culpa levi intelligitur: et ita ex allatis textibus recte

probatur ob culpam levem deferri juramentum veritatis posse, quando judex non potest aliunde veritatem cognoscere.

Ex hac responsione solvi potest dubium, quod quarto loco aliqui hic faciunt, an sc. ob dolum praesumptum possit hoc juramentum affectionis deferri; nam ob latam culpam, ut modo dictum, deferri potest, sed lata culpa est dolus praesumptus; ergo etc.

65

Quaeritur 5. in quibus causis deferri juramentum in litem possit? Resp. distinguendo inter juramentum veritatis, et affectionis.

Juramentum veritatis deferri potest in omnibus omnino actionibus undecumque illae oriantur tam in actionibus stricti juris, quam bonae fidei, tam quae ex contractu, quam quae ex delicto competunt; *l. in actionibus* 5. *ff. de in lit. jurand.* Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 1123. Konig. *n.* 106. Tria tamen requiruntur, ut in his judiciis juramentum deferri possit. 1. Ut culpa debitoris saltem levi factum sit, quo minus res possit restitui, aut tradi, quae de jure tradenda esset. 2. Ut aliunde constare nequeat, quanti res tradenda aestimanda sit, adeoque veritas indagari debeat per juramentum. 3. Ut aestimatio per juramentum veritatis referatur non ad tempus obligationis contractae, sed solutionis faciendae, nisi mora sive extra judicium, sive in judicio contracta fuerit; tunc enim a tempore morae factae computatio fieri debet; *tot. tit. C. de usur. rei judic.* et ratio est, quia aequum est, ut actor a tempore morae totum id consequatur, quo unquam plurimi fuit, usque dum ipsi satisfiat a reo; *l. cum fundus* 31. *princip. ff. de reb. credit.* Haec si conveniant, recte defertur non tantum a judice, sed etiam a reo, ut *n.* 59. dictum est; quod confirmatur, quia hic agitur de interesse actoris, et ne iste a reo plus petat, quam quantum valet res, quam hic sua culpa nequit restituere, et quantum interest. Cur ergo non liceat reo deferendo juramentum actori istum constituere quasi judicem in causa, sicut potest in juramento judiciali?

66

Minus ampla potestas est in deferendo *juramento affectionis*: praeterquam enim, quod, ut *num.* 58. *et* 59. dixi, deferri possit a solo judice, et tantum, ubi intercessit aliquis dolus, etiam non in omnibus passim causis deferri potest, ut patet ex *l. in actionibus* 5. *ff. de in lit. jur.* ubi triplex solum genus actionis refertur, in quibus juramentum affectionis deferri potest. 1. *Actio in rem*; nam in his, qualescunque sint, semper in litem cum affectione jurari potest; *l. in actionibus cit. l. sed et si* 25. §. *haec verba* 10. *ff. de haered. petit. l. qui restituere* 68. *ff. de R. V. l. sed et si* 7. §. *in Publiciana* 8. *ff. de public. in rem action. l. harum actionum* 7. *fin. ff. si*

servit, *vindic. l. si fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pignor.* 2. *Actio ad exhibendum*: quod extenditur etiam ad alias arbitrarias actiones, ex quibus arbitratu judicis aliquid restituitur, uti est actio de dolo, actio quod metus causa, actio rerum amotarum, interdictum quodvi, aut clam etc. 3. *Actiones bonae fidei*; nam in actionibus stricti juris non defertur; *arg. l. in actionibus cit. §. fin. et l. alias* 6. *ff. de in lit. jur.* Sed neque in omnibus actionibus bonae fidei jurari potest, sed in directis tantum; non item in contrariis, ut diserte habetur *l. ei apud quem* 5. *princ. ff. deposit.* ubi ratio datur; quia in iis *non agitur de fide rupta*, seu dolo non restituentis rem contra fidem datam, *sed* solum *de indemnitate ejus*, *qui depositum suscepit*, et quid in istud impendit, vel occasione ejusdem damnum passus est.

67

Quaeritur 6. quis sit modus praestandi hoc juramentum? Resp. Hic traditur *l. si quando* 9. *C. unde vi*: nimirum actor in specie coram judice designat res sibi ablatas, vel dolo perditas, earumque pretium, et interesse exprimit: in juramento quidem *affectionis* pro arbitrio, et affectione sua; nam quisque optime scit, quantum rebus suis afficiatur: in juramento *veritatis* autem, quanti res est, et quanti revera actoris interest rem in judicium deductam facto adversarii non extare, vel extinctam esse. Si expressionem judex crediderit esse nimiam, ad verisimilem summam eandem reducet: quod maxime procedit in juramento *veritatis*; nam ibi aestimatio fieri debet secundum pretium rei. Facta hac moderatione, si agatur de juramento *veritatis*, actor jurare debet, quod non minus perdiderit; ultra taxationem vero jurare non licebit, sed si inique factam a judice putet, superest ipsi remedium appellationis, quod conceditur in omni gravamine, quo pars a judice inferiore laeditur.

In juramento *affectionis* plus conceditur, cum id introductum sit in poenam doli, et contumaciae: quodsi tamen pateret aestimationem ultra verum pretium nimium exorbitare, etiam tum judex moderari inordinatum affectum, et reum condemnare ad summam minorem potest; fierique hoc potest, etiam postquam jam est juratum: quo differt juramentum affectionis a juramento veritatis; istud enim praecedere debet taxatio judicis, ne, si juramentum sequatur, jurans forte incurrat perjurium; Rosbach *prax. civil. tit.* 68. *num.* 13. *et duob. seqq.*, Engl. *num.* 38. Konig. *num.* 107. *et* 108.

68

Dubium est, an is, cui defertur hoc juramentum, cogi invitus ad illud praestandum possit? Videtur hoc colligi ex *l. fin. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur, *de perjurio ejus*, *qui ex necessitate juris in*

litem juravit, *quaeri facile non solere.* Igitur juramentum in litem est ex necessitate. Verum tenenda est sententia negativa, prout clare satis decisum est *l. quodsi possessor.* 71. *ff. de R. V.* ubi dicitur morem gerendum actori, si jurare non velit, sed adversarium sibi condemnari malit, quanti res sit. *Ad rationem dubitandi* dico juramentum in litem esse de necessitate juris, quod jus illud ob dolum rei, non restituentis, vel non adhibentis rem, actori necessario deferat, non vero quasi actor delatum sibi invitus suscipere debeat: nam in hoc liber est, et potest utrumque eligere, videlicet aut jurare, aut contentus esse, si condemnetur reus, quanti res est.

69

Quaeritur 7. quis sit effectus juramenti in litem? Resp. Alius est effectus juramenti veritatis, alius juramenti affectionis.

Juramenti veritatis effectus est, ut hoc praestito reus condemnandus sit ad solvendum pretium: neque de perjurio actoris hic facile quaeri solet, ut habetur *l. fin. ff. de in lit. jur.* et ratio est, quia juramentum hoc conforme est taxationi factae a judice, in quo dolus non praesumitur. Quodsi tamen reus ostendere possit revera rem minus valuisse, audiri debet, et si ostenderit, summam juratam minuere judex debet, ut notat Ecklot *ff. de in lit. jur.* §. 7. Haun. *tom.* 5. *tract.* 4. *num.* 1128. Konig. *hic n.* 111.

Juramenti affectionis duplex effectus est: in uno convenit cum juramento veritatis, in altero discrepat. *Primus est*, quod postquam hoc juramentum praestitum est, reus condemnari debeat in summam juratam, nisi gravis causa suadeat vel minoris eundem condemnari, vel etiam prorsus absolvi; *l. videamus* 4. §. *item* 3. *et l. in actionibus* 5. §. *item* 2. *ff. de in lit. jur. Alter effectus est*, quod praestito hoc juramento, dominium rei hoc modo aestimatae transferatur in reum, et quidem statim, si res est propria actoris, et a reo possessa; si reus eam non possederit, tunc in illum transfertur dominium, quando ex voluntate actoris possessionem rei fuerit nactus; *l. ejus rei* 46. *et l. seq. ff. de R. V.* ubi etiam ratio additur, quia *transegisse cum eo, et decidisse videtur* actor *eo pretio, quod ipse constituit.*

Dixi autem in hoc secundo effectu discrepare juramentum affectionis a juramento veritatis; nam in hoc plerumque res restitui non potest, quia non amplius extat: quodsi tamen extaret, post sententiam reus acquireret eodem modo dominium, quo modo in juramento affectionis, ob rationis paritatem.

70

Quaeritur 8. quis sit finis juramenti in litem? Resp. *Juramenti affectionis* finis est, ut puniatur dolus, et contumacia rei rem non

restituentis, vel non exhibentis; *l. rem* 1. *et l. tutor* 8. *ff. de in lit. jur.* Hinc si dolus non interveniat, etsi ex culpa adversarii restitui nequeat, non defertur hoc juramentum, sed tantum aestimatur interesse verum, ut *n.* 58. dixi, et constat ex *l. sive nostrum* 2. *ff. eod.*

Juramenti veritatis finis est, ut hac ratione possit constare de vero valore rei: hinc si aliunde de vero valore rei appareat, juramento huic locus non est; *l. in actionibus* 5. §. *fin. ff. eod.*

§. VI.

De juramento promissorio.

SUMMARIUM

71 72 73 74 *Effectus juramenti promissorii est obligatio, ubi pro hac ponuntur tres regulae.*

75 76 77 78 *Ex parte jurantis est personalis.*

79 80 *Ex parte ejus, cui praestatur, realis.*

81 82 *Potest praestari per procuratorem.*

83 *Firmari contractum per juramentum quid?*

84 *In contractu alias firmo, et valido juramentum addit obligationem religionis.*

85 86 87 88 89 *An juramentum habeat vim confirmandi contractus jure positivo invalidos?*

90 91 92 *An omnis contractus jure positivo irritus, apposito juramento, confirmetur?*

93 94 95 *Quos effectus habeat juramentum confirmatorium contractus jure invalidi?*

96 97 *Quis relaxare juramentum promissorium possit?*

98 99 *Quinam episcopus relaxare debeat juramentum promissorium factum homini?*

100 101 102 103 104 *An etiam judex, seu magistratus saecularis?*

105 *An, et qualis requiratur causa, ut juramentum relaxari, vel in eo dispensari possit?*

71

Quaeritur 1. qualis sit obligatio juramenti promissorii? Resp. De hac juramenti promissorii obligatione proditae sunt, et a DD. receptae praecipue tres regulae.

Prima est: *Omne juramentum observandum est, quod non vergit in dispendium salutis aeternae, et in alterius praejudicium non redundat.* Sumitur ex *cap. cum contingat* 28. *hoc tit. c. licet* 2. *eodem in* 6. *et cap. quamvis de pact. in* 6. Ex hac regula colligitur obligatorium esse juramentum, quo mutuatarius usurario jurat se soluturum usuras; *c. debitores* 6. *hoc tit.* quo filia, accepta dote, jurat se

illa contentam fore, et ad bona paterna non regressuram; *c. quamvis cit.* quo mulier in alienationem rei dotalis consentiens jurat se illam non revocaturam; *c. cum contingat*, *et cap. licet citt. Proceditque hoc* 1. etsi tale juramentum ob defectum v. gr. justae causae necessitatis, aut utilitatis illicitum sit; sufficit enim, quod sine peccato impleri possit, et tunc eo ipso sequetur obligatio implendi, ne nomen domini in vanum assumptum sit. *Procedit* 2. licet per injuriam, vel metum gravem extortum sit; quamvis enim tale juramentum facile relaxari possit, antequam tamen relaxetur, juramentum obligat ob rationem praedictam. *Procedit* 3. etsi errore, vel dolo sit praestitum, si iste solummodo versetur circa qualitatem, aut circumstantiam rei accidentalem; secus, si contingat ipsam rei promissae substantiam, ut si juratus promittas scyphum, quem stanneum putabas, cum sit argenteus; nam talis error, et dolus consensum tollit. Plura vide apud P. Vviest. *hic a n.* 59.

72

Secunda regula est: *non est obligatorium juramentum*, *quod contra bonos mores est praestitum*. Est *regula* 58. *in* 6. Porro contra bonos mores censetur esse 1. si contineat turpitudinem ex parte objecti; quia jure naturali, divino, aut etiam canonico prohibitum est: quale est juramentum de furto faciendo, de non sanctificando die festo, de beneficio permutando, vel resignando sine licentia ordinarii etc. 2. si cedat in praejudicium boni publici, vel etiam privati; quia his fieret injuria, ad injuriam autem obligatio dari non potest: et hinc invalidum est juramentum quodcunque, quo promittitur aliquid, a lege justa quacunque, etiam civili prohibitum; hoc ipso enim, quod adversetur legi, adversatur publicae ordinationi, et juri, cui privatorum pactionibus nequit derogari; *c. si diligenti* 12. *de for. comp. et l. jus publicum* 38. *ff. de pact.* 3. si invitet ad liberius delinquendum, promittendo e. g. impunitatem criminis; nam bonum commune reip. exigit delicta non manere impunita; *c. ut famae* 35. *de sent. excomm. l. ita vulneratus* 51. *§. fin. vers. quodsi quis ff. ad leg. Aquil.*

73

Tertia, et priori affinis regula est: *juramentum non est vinculum iniquitatis*, ut dicitur *c. quanto* 18. *hoc tit.* Ex hac praeter ea, quibus promittitur res jure prohibita, irrita etiam sunt juramenta, quibus filius jurat se parentibus debitum honorem, ac reverentiam, aut necessaria vitae subsidia in necessitate constitutis non exhibiturum; *c. cum quidam* 2. *§. illi vero h. tit.* aut quo religiosus hoc jurat, se in professionis suae monasterio non permansurum; *c. sicut* 13. *eod.* aut quo praelatus jurat se res ecclesiae suae injuste ablatas non repe-

titurum, *c. pervenit eodem.* aut quo vasallus hosti principis, a quo feudum obtinet, jurat obedientiam, et fidelitatem; *c. ea te* 22. *eod.*

74

Quandò juramentum est impeditivum majoris boni, distinctio est adhibenda. Vel enim promittitur aliquid ad honorem, et cultum Dei, vel in favorem, et gratiam hominis. *Si primum*, non obligat; quia est species voti, quod esse debet de meliore bono: ideoque non obstante voto, etiam jurato, de ineundo matrimonio, licita est vita religiosa, clericalis, aut caelebs. *Si secundum*, etsi impeditivum sit majoris boni, obligat: quia generaliter omne juramentum praestitum homini servandum est, quod non vergit in dispendium salutis aeternae, et alteri non praejudicat; *c. quamvis*, *c. licet*, *c. cum contingat citt.* Excipiuntur sponsalia jurata; nam in his juramentum non impedit, quo minus jurans ingredi religionem possit: et ratio est, quia iisdem inest tacita conditio, *nisi ingrediar*, *et profitear religionem*, per textus *c. verum* 2. *et cap. ex publico* 7. *de convers. conjugat.*

75

Dub. 1. qualis sit obligatio juramenti promissorii ex parte jurantis? *Ratio dubitandi est*, quia si testator juramento promiserit certam pecuniam erogandam in pauperes, vel alias pias causas, etiam haeredes illius obligantur ad eam sic erogandam. Igitur obligatio juramenti videtur transire a testatore ad haeredes, et consequenter esse obligatio realis.

Verum hoc non obstante, dicendum, juramentum promissorium homini praestitum secundum propriam obligationem ex virtute religionis semper personalem esse ex parte jurantis, neque haeredem illius, vel successorem obligari ex vi juramenti ad praestandum id, quod promissum fuit a testatore, vel antecessore. Ita sanct. Thom. 2. 3. *q.* 98. *art.* 2. *ad* 4. Abb. *in c. veritatis* 14. *hoc tit. n.* 3. Suar. *l.* 2. *de juram. cap.* 31. *n.* 12. Sanch. *l.* 3. *moral. cap.* 13. *n.* 1. Gutier. *de juram. part.* 3. *cap.* 12. *n.* 7. Bonac. *tom.* 2. *D.* 4. *p.* 15. *n.* 1. Pal. *D.* 2. *p.* 11. *n.* 1. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 22. *n.* 197. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 859. Zoes. *hic n.* 75. Pirhing *n.* 145. et alii communiter. Ratio est, quia juramentum est vinculum personale, solumque jurantem afficit; sicut enim nemo jurat, nisi sua voluntate, ita neque obligatur juramento alterius, nisi in illud consentiat, et consentiendo suum faciat.

76

Proceditque hoc 1. etsi quis juraverit pro se, et successoribus; nam hi ex vi juramenti non obligantur, ut recte Abb. et alii supra *citt.* notant. Ratio est, quia obligatio juramenti, quae oritur ex virtute religionis, non nisi propria voluntate suscipi potest, cum sit actio

personalis. Et hinc licet ratione juramenti juramento non stans conveniri alias possit coram judice ecclesiastico, haeres tamen, vel ejus successor ad illum trahi non potest, si laicus ille sit. *Procedit* 2. in juramentis a communitate factis ; nam etsi major pars alicujus communitatis e. g. capituli, vel civitatis juramento se obligarit ad aliquid praestandum, si quidam de collegio contradicant, vel non consentiant, hi ex vi juramenti non obligantur, neque propterea perjuri fiunt, etsi juramentum non servent. Dixi autem utrobique *ex vi juramenti* ; nam etsi praedictos non afficiat obligatio propria juramenti, quae cum jurante transit, ex vi tamen pacti, vel contractus ex justitia obligari possunt, et solent, si promissio jurata circa rem non illicitam, sed capacem obligationis versetur : ratio est, quia pactum, vel contractus ad haeredes, et successores transit, etiam non facta mentione illorum ; *l. veteris* 13. *de contrah. stipul.*

77

Ex hoc capite obligari potest 1. pars minor communitatis, ut servet vota, juramenta, et pacta, in quae consensit major ejusdem pars : imo etiam ad jurandum cogi potest; Suar. *l. citat. n.* 9. Layman *l.* 4. *tract.* 3. *cap.* 10. *num.* 2. Pirhing *hic num.* 146. Ratio est, quia minor pars ex mutua quadam conventione in re, quae utilis est reip. tenetur se conformare majori, et hujus suffragia, aut conventionem sequi. 2. similiter rex, episcopus, canonicus etc. etsi cum ad officium suum admittitur, et juramentum ab eo non exigitur, non obligetur ad servanda juramenta ab intercessoribus edita ex vi religionis, obligari tamen ad ea interdum potest ex vi pacti, statuti, vel consuetudinis; Suar. *num.* 13. Sanch. *n.* 3. Layman. *l. citt.* et alii supra. 3. ob eandem rationem, licet juramentum, a testatore factum, ad haeredes non transeat quoad perjurium, transit tamen ad illos, in quantum attinet ad pactum, vel contractum, et ejus observantiam, quam defunctus firmavit juramento, et haeredes eo contractu obligari voluit; Layman. in *c. c.* 14. *h. t. n.* 1. Barbos. *ibid. n.* 7. Zoes. *hic n.* 75. Ratio est, quia haeres succedit in omne jus defuncti active et passive; *l. ex contractibus* 49. *ff. de O. et A.* Debet tamen ejusmodi promissio esse valida, et talis, quae alteri, in cujus gratiam juratum est, jus contulerit: nam alias per se spectata non tenebit haeredem. Hinc si juramentum per injuriam extortum est ab aliquo; v. g. siquis juravit se pecunias daturum latroni, haeres defuncti non tenetur implere hoc juramentum, etsi defunctus illud in vita non impleverit : et ratio est, quia defunctus non tenebatur ad solvendum ex vi pacti, sed ex sola religione jurisjurandi, cujus obligatio, ut dictum, ad haeredes non transit.

78

Neque hic repetas ex ratione dubitandi *n.* 75. allata, quod haeres debeat exequi juramentum erogandi in pauperes certam pecuniam, licet per illud juramentum nulli pauperi, sed soli Deo jus acquisitum sit; nam ex utriusque juris dispositione non aliter permittitur adire haereditatem, nisi cum onere implendi, et exequendi juramenta, et vota realia defuncti, ut patet ex *c. licet* 6. *de vot. c. si haeredes* 6. *de testam. c. ex parte* 13. *de censib.* et clarius *l. siquis* 2. *ff. de pollicit.* at vero nullus in utroque jure textus est, quo statuatur obligationem juramenti per injustitiam extorti ad haeredes jurantis transire, ita ut nisi sub hac conditione eis haereditas non deferatur: ergo id non est asserendum; quia obligatio juramenti stricte est interpretanda.

79

Dub. 2. qualis sit obligatio juramenti promissorii respectu ejus, cui praestatur? Resp. sub eo respectu obligationem juramenti promissorii esse realem, adeoque ad haeredes vel successores ejus, cui juratum est, transire. Casus esse potest: Titius juravit se 100. aureos daturum Cajo; si hic moriatur ante solutionem, obligatur Titius eam pecuniam solvere haeredibus Caji ex vi juramenti Cajo praestiti; Suar. *l.* 2. *de juram. c.* 31. *n.* 14. Sanch. *l.* 3. *mor. c.* 13. *n.* 6. Laym. *l.* 4. *tr.* 3. *c.* 10. *n.* 5. Pal. *D.* 2. *de juram. p.* 11. *n.* 3. Haun. *to.* 5. *tr.* 3. *n.* 861. Gonz. *in c. veritatis* 14. *h. tit. n.* 4. Zoes. *hic n.* 75. Pirh. *n.* 149. et sumitur ex *c. veritatis cit.* Concordat *l. si pactum* 9. *ff. de probat.* ubi habetur, quod pactum cum aliquo factum intelligatur etiam factum pro haerede illius, licet expressa mentio haeredis non fiat; et ratio ibi additur: *quia plerumque tam haeredibus nostris, quam nobismetipsis cavemus. Conf.* nam promissio, et quicunque contractus, nisi aliter constet de contrahentium intentione, ad haeredes illius transit, cum quo contractum est, sed juramentum suscipit naturam, et conditiones promissionis, vel contractus, cui adjicitur; ergo et juramentum ita transibit, et cons. haeredes idem jus obtinebunt, quod ipse obtinuit per juramentum, cui juratum est.

80

Ex quo sequitur 1. eum, qui juravit alicui in dignitate, vel officio constituto fidelitatem, et obedientiam, expresso dignitatis, et officii, quod gerit, nomine, obligari vi illius juramenti ad fidelitatem, et obedientiam exhibendam omnibus successoribus, in ea dignitate, vel officio constitutis, etsi illud in forma juramenti non sit expressum. *Ratio est*, quia dignitas, et officium cum persona non extinguitur, sed ad successores transit; *arg. c. si gratiose* 5. *de re-*

scr. in 6. Igitur et juramentum, quod intuitu dignitatis, et officii praestitum est, cum eodem ad successores transit.

Sequitur 2. responsionem procedere etiam casu, quo juramentum fidelitatis a vasallo praestitum fuit, non sub nomine appellativo dignitatis, sed expresso nomine proprio gerentis dignitatem, vel officium; quia juramentum circa rem, quae pertinet ad dignitatem, censetur non tam personam, quam dignitatem respicere.

Sequitur 3. si is, cui ratione dignitatis, vel officii praestitum est juramentum illud resignet, vel ab eo removeatur, non obligari jurantem, amplius ad praestandam ipsi obedientiam, aut fidelitatem, sed obligationem istam transire ad successorem; *arg. c. ad venerabilem* 31. *in fin. de elect.* Et hinc

Sequitur 4. non esse necessarium, ut cum alicui juratum est ratione dignitatis, juramentum renovetur apud successorem ejusdem in dignitate. Praecipitur tamen interdum etiam casu, quo obligatio juramenti ad successorem transit, renovatio juramenti, non, quod ea sit necessaria, sed ob majorem solemnitatem, et securitatem: idque obtinet in casibus jure expressis, ut notat Pal. *l. cit.* Barbos. *in c.* 14. *cit. n.* 4..

Sequitur 5. quare aliquis juramenti religione non possit obligare haeredes, et successores suos, possit autem obligare se successoribus: nam in secundo casu agitur tantum de obligatione propria jurantis quam sibi facere potest, prout vult; at in primo casu obligatio juramenti extenderetur ad non jurantes, quod fieri non potest, cum obligatio illa sit personalis, ut dictum est.

81

Dub. 3. an juramentum per procuratorem praestari possit? Resp. posse, modo procurator speciale mandatum ad istud habeat, et jura non resistant. Colligitur ex *can. tibi domino* 33. *dist.* 63. *can. optatum* 4. *dist.* 100. *c. nullam* 3. *de juram. calum. in* 6. et docent Marant *p.* 6. *tit. de juram. n.* 45. Azor *p.* 1. *l.* 13. *c.* 7. *q.* 13. Suar. *l.* 2. *de juram. c.* 31. *n.* 3. *et* 4. Sanc. *l.* 3. *moral. c.* 17. *et* 18. Pal. *D.* 2. *part.* 12. *n.* 1. Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 22. *n.* 49. Haun. *to.* 5. *tr.* 4. *n.* 863. Ratio est, quia quod quis facere potest per seipsum etiam potest facere per alium *reg.* 68. *in* 6.

Neque obstat, quod juramentum ex parte jurantis sit personale, ut dictum est *n.* 75. nam etiam matrimonii contractus est actio personalis, et tamen fieri per procuratorem potest; *c. fin. de procur. in* 6. *Item non obstat,* quod procurator loquatur in prima persona dicendo *ego juro*; id enim dicit, quatenus repraesentat personam alterius, nempe principalis, qui principaliter censetur jurare. Et hinc si procurator falsum juret, non solum ipse, sed etiam principalis, cu-

jus mandato, et in cujus animam procurator jurat, perjurus erit, cum hoc tamen discrimine, ut non procurator, sed solus principalis poenas perjurii incurrat, nisi ipse etiam procurator in animam suam juraverit.

82

Dixi autem, *si habeat speciale mandatum*; nam si procurator ex solo mandato generali juramentum praestat, dominus ex vi juramenti a procuratore sic praestiti non obligatur, cum defuerit in eo consensus in juramentum: at ratione contractus, si hic aliunde, secluso juramento validus sit, tenebitur ob generalem facultatem ad contrahendum; Pal. *l. cit. n.* 3. Jord. *n.* 49. *cit.* et alii apud ipsos. Addidi, *nisi jura resistant*; nam si actus talis sit, ut per alium geri nequeat, interposita persona, jurare non erit licitum. Tale est juramentum, quod praestandum est a testibus in judicio: item de quo a jure cavetur, ut propria manu tactis evangeliis, aliisque solemnitatibus praestetur: et universim omnia illa, de quibus jura exigunt, ut in propria persona fiant.

83

Quaeritur 2. an, et quatenus juramentum firmet contractus, vel actus, quibus accedit? Celebris haec controversia est apud DD: quam antequam resolvam.

Notandum 1. tunc dici per juramentum firmari contractum, quando ex promissione, alioquin infirma per hoc, quod juramentum illi addatur, nascitur non solum obligatio religionis erga Deum, quae nascitur ex omni juramento valido, sed etiam justitiae respectu hominis, videlicet promissarii, ita, ut huic acquiratur jus adversus promittentem, quo hic non tantum ex virtute religionis, sed etiam justitiae, aut fidelitatis teneatur stare contractui, etiamsi juramenti, quod contractui adjectum erat, relaxatio impetretur. Quando autem ex promissione jurata nulla nascitur obligatio respectu hominis, cui fit promissio, sed tantum respectu Dei, tunc juramentum non firmat contractum, sed vocatur *per se stans*, seu inductivum obligationis; quia solum eam inducit obligationem, quam secum trahit, neque ulterius progreditur ad firmandam promissionem, sed ita invalidam illam relinquit, acsi non esset appositum juramentum. Exemplum est in promittente sub juramento usuras; neque enim ex tali promissione jurata usurarius jus ullum acquirit, ut sibi usurae solvantur.

84

Not. 2. si juramentum accedat contractui alias firmo, et valido, juramentum hoc operari, ut ultra obligationem justitiae, quam contractus sibi annexam habet, inducat etiam obligationem religio-

nis, adeo ut si forte contrahens non absterreretur turpitudine injustitiae, saltem absterreatur gravitate, et poenis perjurii a violatione contractus; ipsa autem obligatio justitiae eo casu per juramentum adjectum non crescit, cum tunc tantum fit accessorium contractui.

Not. 3. si contractus sit jure naturae irritus, eundem per juramentum non confirmari, ut omnes facile DD. consentiunt: et ratio est, quia juramentum non potest supplere defectum substantialem, ob quem contractus jure naturae nullus est, ut per se patet. Idem dic de contractu, qui jure naturae est irritabilis: et hinc qui dolo, metu injusto, aut usuraria pravitate extortus est, etsi juramentum illi addatur, ex vi contractus firmitatem non habet, sed tantum servandus est ex obligatione religionis juramenti, quamvis hoc a judice relaxari possit.

Punctum itaque controversiae solum procedit de contractibus jure positivo nullis, non quidem divino (nam lex humana, ex qua sola juramentum vim contractus confirmandi habere dicam, circa ea quae, juris divini sunt, nihil potest disponere) sed humano. Hinc est

85

Dubium 1. an juramentum habeat vim confirmandi contractus jure positivo nullos, vel invalidos? Negativam defendunt Jason *in auth. sacramenta puberum C. si advers. vendit. n.* 37. Anton. Merenda *contr. l.* 1. *c.* 1. pont. *l.* 12. *de matr. c.* 7. *n.* 42. *et* 47. Perez *C. de reb. credit. n.* 8. Franck. *l.* 2. *res.* 6. *n.* 9 *et seq.* Glettle *p.* 2. *pand. cap.* 3. *n.* 15. *et seq.* Vviestner *hic n.* 78. et hoc teste ex modernis non pauci, iique primi nominis DD. rationem dant, quia non apparet, unde juramentum vim istam habeat, non enim 1. hanc vim habet ex *jure naturali*, *et ex natura sua;* quia ex natura sua plus non exigit, quam ut jurans efficiat, quod juramento interposito promisit, ne Dei nomen, et testimonium assumptum sit in vanum: quae est obligatio religionis, et optime impleri potest, etiamsi contractus invalidus maneat, ut patet ex juramento, quod usurarum promissioni adjectum est. Non 2. *ex jure civili;* quia nuspiam invenitur, quod vis ista per jus civile tribuatur juramento: imo contrarium non leviter colligitur ex *l. non dubium* 5. *in fin. C. de legib.* ubi imperator non solum prohibet apponere juramentum contractibus lege reprobatis, sed illud irritat, et annullat. Idem dici videtur *l. juris gentium* 7. §. *et generaliter* 16. *ff. de pact.* ubi Ulpianus, *nec jusjurandum*, ait (addit pacto, quod *jure communi remotum est*) *servandum esse*. Et confirmatur ex *l. siquis* 112. §. *fin. ff. de fideicommis.* 1. ubi *jusjurandum*, *contra vim legum*, *et authoritatem juris in testamento scriptum*, *nullius esse momenti* dicitur. Non 3. *ex jure canonico;* quia dici potest, quod textus, qui citantur in con-

trarium loquantur de contractibus validis, vel si de invalidis in aliquibus sermo est, intelligi debent de obligatioue religionis. Accedit, quia pontifex non potuit contractus invalidos validos reddere per appositum juramentum, cum materia illorum contractuum, ut juramentum praecedit, non subditur pontifici: necessarium autem erat subdi, ut posito juramento firmaretur contractus; quia alias juramentum caderet super contractum nullum, et reprobatum: cons. non esset juramentum honestum, ac proinde nec obligatorium, nec confirmatorium. Volunt itaque isti AA. quod juramentum non addat aliam obligationem, quam religionis, ita, ut hac relaxata, obligatio rem juratam praestandi cesset. Haec sententia est valde probabilis. Communissima tamen sententia adhaeret parti affirmativae, cum qua ad dubium propositum.

86

Respondeo, et dico, juramento ultra vim obligandi ad servandam veritatem rei juratae inesse quamdam vim confirmandi contractum, cui adjicitur, sic, ut ex invalido fiat validus, aut ex revocabili irrevocabilis. Ita gloss. *in cap.* 2. *de pact. V. servari in* 6. Imol. *in cap. cum contingat.* 28. *h. tit. n.* 13. *et* 16. Abb. *ibid. n.* 8. Covar. *in cap. quamvis de pact. p.* 2. §. 1. *n.* 17. Marant. *p.* 6. *tit. de juram. n.* 26. Gutier *de juram. p.* 1. *cap.* 40. *n.* 3. Fachin. *contr. l.* 3. *cap.* 11. Azor *p.* 1. *cap.* 40. *n.* 3. Laym. *l.* 4. *theol. tr.* 3. *cap.* 8. *n.* 1. Sanch. *l.* 3. *mor. cap.* 12. *n.* 5. *et* 11. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 22. *n.* 333. Haun. *de J. et J. tom.* 5. *tr.* 8. *n.* 134. Henr. Canis. *in cap.* 28. *hoc tit. n.* 5. Gonzal. *ibid. n.* 11. Pirh. *hic n.* 132. Konig *n.* 35. Sannig *cap.* 6. *n.* 7. et apud hos innumeri alii.

Prob. 1. satis aperte ex variis juris canonici textibus, videlicet 1. ex *cap. cum contingat* 28. *cit.* ubi mulier jubetur stare juramento super alienatione rerum dotalium, quamvis consensus in hac alienatione alias jure civili sit irritus. 2. ex *cap. licet* 2. *hoc tit. in* 6. ubi pontifex decernit judices saeculares, qui mulieres hujusmodi contra praefatas alienationes audiunt, per locorum ordinarios censura ecclesiastica compellendos ad servandum jus canonicum de hoc introductum. 3. ex *cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. ubi deciditur, pactum, quo filia renuntiat haereditati paternae, quamvis jure civili improbetur, si tamen juramentum accedat, servandum. *Neque dici potest*, quod in his textibus loquatur pontifex solum de obligatione religionis, quae propria est juramento; nam *cap. quamvis cit.* diserte ait, pactum *juramento, nec vi, nec dolo praestito, firmatum fuisse*. Accedit, quia hoc eodem *cap. et cap. cum contingat cit.* pontifex statuit juramentum illud esse servandum, si modo sponte,

et non dolo sit praestitum : quae conditio frustra adderetur, si juramentum contractui additum aliam obligationem, quam religionis, nullam induceret; nam etsi vis, aut dolus interveniat in juramento, hanc religionis obligationem inducit, et ob hoc servandum est, quoties sine dispendio salutis servari potest; igitur necesse est, ut pontifex in *cit.* textibus loquatur de obligatione ex alio capite introducta, quae alia esse non potest, nisi, justitiae ex pacto per juramentum firmato.

87

Probatur 2. ex jure civili; nam idem suadet textus *auth. sacramenta puberum C. si advers. vendit.* ibi : *sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Neque dicas*, hanc *auth.* accipiendam, ita ut non contradicat *l. non dubium cit.* ubi, ut *n.* 85. dixi, statuitur contractus a lege irritatos manere irritos, quamvis juramentum accedat; nam haec lex vel correcta est per *cit. auth.* ut vult Perez *C. de leg. n.* 12. vel ut Brunnem. *ad cit. auth. n.* 6. Pirh. *hic n.* 137. Konig. *n.* 35. explicant, textus *cit. l.* loquitur tantum de illis contractibus, qui jure reprobati sunt, eo, quod contineant turpitudinem ex parte accipientis, vel cedant in praejudicium tertii, quos contractus neque nos per juramentum confirmari dicemus infra *num.* 91. Alii cum P. Vviest. ad *auth. cit.* respondent, ibi sermonem duntaxat esse de contractibus validis, quia ponitur sub titulo, *Si adversus venditionem* (intellige) agatur ad rescissionem illius, rescissio autem supponit valorem actus. Sed neque haec responsio vim argumenti enervat; nam duplicem DD. rescissionem actus agnoscunt, unam juris, quae fit annullando actum antea validum, alteram facti, quae fit actum declarando invalidum : prior valorem actus supponit, non posterior : de utraque *auth. cit.* loquitur; et hinc gloss. *ibid. V. contractibus*, addit : *Et si contractus jure non valeant.*

88

Probatur 3. etiam ratione. Quia si contractus juramento non confirmatur, relaxari posset hoc juramentum, et casu, quo non relaxaretur, etsi jurans teneretur eam obligationem exsolvere, ad haeredes tamen jurantis obligatio contractus sic jurati non transiret, quippe quae eo casu solum esset ex virtute religionis, cons. mere personalis, quae cum persona emoritur: contrarium tenet receptissima DD. sententia; ergo etc. *conf.* si contractus invalidus jure non confirmatur, cogendus necessario est is, cui juramentum praestatur, ut juramentum remittat; quia est praestitum contractu nullo, et invalido, cons. tali, ex quo nullum jus acquiritur; at nec leges, nec canones talem insinuant remissionem obligationis: imo *cap. licet cit.*

in 6. ut supra monui pontifex vult cogi judices, ut jus canonicum in hoc observent.

Dicunt quidem adversarii obligationem explendi hujusmodi juramenti ad jurantis haeredes transire ex quasi contractu cum defuncto, quo adeundo haereditatem ex utriusque juris dispositione praesumuntur in se suscipere obligationem exequendi vota, et juramenta realia defuncti. Sed haec responsio non videtur sufficere, quia obligatio solvendi usuras, quas soluturum se cum juramento promisit defunctus, ad haeredes non transit; transire autem ad haeredes deberet juxta datam responsionem, quia hoc juramentum non minus reale est; igitur alia ratio assignari debet: alia autem non facile assignabitur, nisi quod juramentum additum promissioni solvendi usuras usurario nullum tribuat jus usurario, tribuat autem in contractibus jure positivo humano invalidis; si autem jus tribuit, manifestum est per juramentum confirmari actus tali jure invalidos; ergo etc.

89

Ex his patet ad argumentum sententiae oppositae; dico enim vim confirmandi contractus invalidos datam juramento per jus positivum, quod in honorem juramenti roborat promissionem, quae alioquin nullum haberet robur. Ita Bald. *in auth. cit. n.* 4. Sanch. *cap.* 12. *cit. n.* 3. Suar. *tom.* 2. *de relig. l.* 2. *de juram. cap.* 28. *n.* 3. Pal. *D.* 2. *de juram. p.* 9. *n.* 2. Hinc confirmatio contractus invalidi, cui appositum est juramentum, potius est effectus juris: dicitur tamen ex juramento confirmatio haec provenire; quia posito juramento, jus ipsum in reverentiam ejusdem hanc promissioni firmitatem concedit: quae proinde cum sit distincta ab obligatione religionis per juramentum alias introductae, juramento etiam relaxato, manet, atque ad haeredes transit. *Excipitur*, nisi lex positiva irritet non tantum contractum, sed etiam juramentum ei adjectum; nam hoc si fiat, perinde est, acsi juramentum non esset adjectum, cum tamquam irritum nullam vim obligandi habeat.

90

Dub. 2. an omnis contractus, jure positivo irritus apposito juramento confirmetur? Resp. negative; nam 1. *excipiuntur* pacta, sive contractus, qui a jure positivo, vel lege civili prohibentur, et irritantur principaliter ob utilitatem publicam, seu bonum commune; Abb. *in cap.* 28. *h. t. n.* 5. Sanch *l.* 3. *moral. cap.* 12. *n.* 43. Pal. *D.* 2. *de juram. p.* 9. §. 3. *n.* 2. Vall. *hic* §. 9. *n.* 1. et ratio est, tum quia pactis privatorum etiam juratis juri communi, seu publico derogari non potest; *l. juris gentium* 7. §. *et generaliter* 16. *ff. de pact.* tum quia tunc lex civilis obligat in conscientia, et cons.

juramentum de actu ita prohibito est de re mala, atque ita obligatorium esse non potest.

Excipitur 2. quando juramentum directe, et principaliter vergit in damnum tertii *cap. cum contingat* 28. *h. t. cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. Zoes. *hic n.* 61. Sann. *cap.* 6. *n.* 10. et reliqui supra. Ratio est, quia etiam hoc juramentum est de re mala, et illicita. Igitur non obligat, et cons. vim confirmandi contractum non habet. Dixi *directe et principaliter*; nam si indirecte solum, et secundario in praejudicium tertii; cedat, v. gr. quia alioquin alius habuisset spem successionis, si res alienata non fuisset, praejudicium hoc non obest valori juramenti, et cons. illud vim confirmandi contractum habet; quia per hoc non fit illicitum.

91

Excipitur 3. si pactum, vel contractus turpitudinem contineat ex parte creditoris, in cujus favorem juratur, quale est juramentum solvendi usuras, promissio jurata extorta metu, vel dolo; nam etsi juramentum adjunctum obliget, non tamen confirmat contractum, vel pactionem; *cap. debitores* 6. *cap. cum contingat* 28. *h. t. capit. licet* 2. *eodem in* 6. *et cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. Ratio est, quia in his casibus juramentum tantum obligat in reverentiam divini nominis adducti in testem ad faciendam fidem, ipsi vero, cui juratum est, nullum acquiritur jus, vel actio; hinc etiam solutum repeti potest. Debet autem turpitudo ista esse de jure naturali, vel divino: nam si sit de jure humano tantum, juramentum confirmat contractum, et purgat vitium nullitatis introductae per jus civile.

Excipitur 4. quotiescunque juramentum absque peccato jurantis servari non potest: nam in omnibus iis casibus vim confirmandi contractus non obtinet. Patet ex dictis, quia nullum est, et nullum juramentum nullam habet vim, vel obligationem.

92

Quare, ut juramentum confirmetur contractus, vel pactum, requiritur 1. ut juramentum ipsum sit validum 2. ut pactio, vel contractus neque ex parte jurantis, neque ex parte illius, cui juratur, contineat turpitudinem, quae jure naturali, vel divino rem, in tale pactum, vel contractum deductam, acceptare eundem vetet. 3. ut nec juramentum, nec pactio, cui adjicitur juramentum, principaliter, et directe cedat in praejudicium boni publici, aut damnum tertii.

Neque obstat, etsi hujusmodi pactum, vel contractus jure positivo humano sit irritus, si principaliter, et directe solum irritatus sit ob utilitatem privatam jurantis; quia juri in favorem suum immediate, et principaliter concesso renuntiare quilibet potest. Talia sunt 1. alienatio fundi dotalis, et donationis propter nuptias; *cap. cum*

contingat, et capit. licet cit. 2. pactum factum a filia in commodum, et bonum patris, ut dote contenta iu bonis paternis non amplius succedat; *cap. quamvis cit.* 3. contractus minoris celebratus super re immobili, vel mobili, quae servando servari potest; *auth. sacramenta puberum cit.* 4. donatio omnium bonorum praesentium, et futurorum. 5. donatio excedens 500. solidos, facta absque insinuatione judicis. 6. promissio testamenti non revocandi, aut instituendi certum haeredem, quae praebet occasionem captandae mortis alienae. 7. Fidejussio mulieris, quae jurata renuntiavit S. C. Vellejani privilegio etc.

Neque refert, etsi prohibitio hujusmodi pactorum secundario, indirecte, et consequenter ad publicam utilitatem ultimate referatur; nam hoc omnibus legibus, et privilegiis commune est, neque tamen propterea aliquis prohibetur cedere privilegio pro se unice introducto.

93

Dub. 3. quos effectus habeat juramentum confirmatorium contractus jure invalidi? Resp. Plures habet, quos non habet juramentum, quo contractus, cui apponitur, non confirmatur.

Nam 1. juramentum non confirmatorium contractus validam solum inducit obligationem ex virtute religionis, ut patet ex juramento solvendi usuras; at juramentum contractus confirmatorium praeter obligationem ex virtute religionis erga Deum, etiam inducit obligationem justitiae, aut fidelitatis erga hominem, ita, ut promissio, vel contractus hujusmodi per accessionem juramenti quasi reviviscat, purgato vitio nullitatis, ut ostensum est *a n.* 86.

2. Juramento contractus non confirmatorio valido satisfit momentanea solutione, ita, ut statim possit jurans solutum repetere; at in juramento contractus, vel promissionis confirmatorio, quod solutum est, non amplius licet repetere, sed irrevocabiliter servandum est; Suar. *l.* 2. *de juram. cap.* 25. *n.* 10. Sanc. *l.* 3. *mor. cap.* 12. *n.* 61. Pal. *D.* 2. *de juram. p.* 9. *n.* 5. Vall. §. 8. *n.* 6. *hic*. Ratio est, quia illius, quod ex pacto per juramentum confirmato solutum est, dominium transfertur in accipientem; illius autem, quod solutum est ex pacto, per juramentum non confirmato, dominium in accipientem non transfertur: hinc quia sine justo titulo penes recipientem est, repeti potest.

94

3. Quando juramentum confirmat promissionem, vel contractum alias jure invalidum, parit actionem in judicio; hanc non parit, cum actui, vel contractui additur juramentum non confirmans contractum; Less. *l.* 2. *de just. capit.* 17. *n.* 51. Sanch. *l. cit. n.* 66. Palao *n.* Ratio ex dictis patet, quia scilicet ex juramento contractus confir-

matorio obligatio inducitur non tantum erga Deum ex virtute religionis, sed etiam justitiae erga hominem, cui proin ex hujusmodi promissione, vel contractu jus acquiritur; jus autem actionem parit.

4. Quando juramentum confirmat contractum, ordinarie relaxatio ejusdem obtineri non potest a praelatis inferioribus pontifice: aliud est de juramento non confirmatorio contractus; nam in hoc peti, et concedi etiam ab inferiore relaxatio potest, et postea sine peccato non servari juramentum; Suar. *n.* 12. Sanch. *n.* 63. *et seqq.* Pal. *n.* 4. Vall. *n.* 7. Ratio est, quia, ut dictum, per juramentum confirmatorium acquiritur jus tertio, nullum acquiritur jus per juramentum non confirmatorium: et cons. hoc sine injuria relaxari potest, non illud, cum relaxatio in hujus praejudicium cedat.

95

5. Si relaxetur juramentum confirmatorium contractus per alium, quam creditorem, aufertur quidem obligatio propria juramenti, videlicet religionis, obligatio tamen justitiae, aut fidelitatis ex contractu sic firmato manet, donec vel remittatur a creditore, vel contractus rescindatur a judice; Suar. *n.* 4. *et* 5. Sanc. *n.* 59. Vall. *n.* 3. Ratio est, quia contractus valor aliquando introductus per juramentum, conservari non amplius dependet a juramento, cum haec solum fuerit conditio, qua posita, lex contractui invalido valorem restituit.

6. Denique licet juramentum non confirmatorium non transeat ad haeredes ejus, cui praestitum est, obligatio tamen introducta per juramentum contractus confirmatorium ad haeredes transit propter vim pacti; Suar. *n.* 9. Sanc. *n.* 67. Pal. *n.* 6. Ratio est, quia jus inducit; jura autem, et actiones defuncti ad successores transeunt.

96

Quaeritur. 3. quis relaxare juramentum promissorium possit? Resp. *Si factum sit Deo*, ille relaxare potest, qui potest dispensare in votis. *Si homini praestitum sit*, distinguendum est, an ex parte recipientis juramentum sibi factum sit turpitudo, eo, quod v. g. per dolum, vim, metum sit injuste extortum; an contra turpitudinem ex parte recipientis nullam contineat.

Si primum, et hoc constat, ab episcopo, vel alio praelato, qui jurisdictionem quasi episcopalem habet, relaxari potest, prout colligitur ex *cap. abbas* 2. *de his, quae vi, metusve causa*, *cap. si vero* 8. *h. t. et cap. licet* 2. *eod. in* 6. Ratio est, quia per tale juramentum, ut hactenus ostensum est, nullum jus acquiritur ei, cui praestatur, nec contractum confirmat, sed juramentum unice servandum est ob reverentiam divini nominis: et hinc praelatus, vices Dei gerens, ejus nomine relaxare illud potest.

97

Si secundum, nemo relaxare illud potest, invito eo, cui praestitum est, praeter summum pont. idque non nisi ex gravissima causa, et ob bonum commune; Suar. *l.* 2. *de juram. cap.* 41. *n.* 2. Sanch. *l.* 3. *mor. cap.* 21. *n.* 2. Laym. *in cap.* 8. *cit. n.* 2. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 898. Pirh. *hic n.* 154. Ratio est, quia cum per tale juramentum sit jus quaesitum alteri, non potest illud ei auferri, nisi per supremum principem, summa in spiritualibus potestate praeditum, cum juramentum sit vinculum spirituale. Potest tamen etiam episcopus interdum relaxare juramentum alteri praestitum, v.g. non accusandi, non denuntiandi, si bonum dioecesis hoc postulet; Sylv. *V. juramentum* 5. *q.* 3. Suar. *l.* 2. *de juram. cap.* 41. *n.* 5. Laym. *l.* 4. *tr.* 3. *cap.* 11. *n.* 5. et indicat S. Thom. 2. 2. *qu.* 89. *ar.* 9. *ad* 3. ubi dicit, quod id maxime pertinere videatur ad potestatem papae; ergo aliquando etiam ab episcopo id fieri potest juxta rei, et personarum qualitatem.

Si dubium sit, an juramentum contineat turpitudinem ex parte recipientis, vel non, in tali dubio praesumptio est de valore juramenti, atque jus ejus, cui juratum est, exinde fundatum manet, donec de eo dolus, aut vis injusta demonstretur.

98

Dub. 1. quinam episcopus relaxare debeat juramentum promissorium factum homini, num ipsius jurantis, an vero ejus, cui juratum est? Respond. cum distinctione: vel enim relaxatio juramenti petitur in foro conscientiae tantum, seu extra judicium; vel in foro externo: et tunc vel petitur relaxatio tantum in ordine ad effectum agendi, seu petendi in judicio rescissionem juramenti dolo, vel metu extorti; vel petitur in ordine ad tollendam omnino obligationem dandi, aut solvendi, quod promissum est.

Si primum, videlicet si juramenti relaxatio solum petitur in foro conscientiae, episcopus jurantis id relaxare debet; quia is solus in eo foro habet jurisdictionem in illum; Suar. *l.* 2. *de juram. cap.* 41. *n.* 10. Sanch. *l.* 3. *mor. cap.* 21. *n.* 35. Laym. *in cap.* 8. *h. tit. n.* 6. Gonzal. *in cap.* 21. *eod. n.* 14. Pirh. *hic n.* 56.

Si secundum, et jurans petit relaxationem in ordine ad effectum agendi, vel petendi rescissionem juramenti, iterum ad episcopum jurantis relaxatio sic facienda spectat, quia agitur de vinculo conscientiae, ratione cujus impeditur jurans ab agendo, hoc autem vinculum dissolvere ex justa causa pertinet ad praelatum proprium, et ordinarium. Neque necesse est, ut eo casu citetur pars, cui juratum est, quia non agitur de magno illius praejudicio, cum non ob-

stante relaxatione sic facta, adhuc jus suum in judicio possit prosequi; Sanch. *n.* 28. *et* 36. et qui supra.

99

Si tertium sit, et relaxatio petatur in ordine ad tollendam omnino obligationem dandi, vel solvendi, quod promissum est, ordinarie relaxatio juramenti fieri debet per episcopum ejus, cui juratum est; Sanch. *n.* 36. *et cit. supra*. Ratio est, quia cum tunc citatione partium opus sit et cognitione causae ob grave praejudicium, quod versatur in hujusmodi relaxatione, ille judex rescindere juramentum debet, qui est ordinarius rei; nam actor forum rei sequi debet; atqui si a judice petitur, ut promissio, vel contractus, praemissa juramenti relaxatione, rescindatur, reus est is, cui iuratum est: igitur is, qui rei est ordinarius, juramentum eo casu relaxare regulariter debet.

Dixi *ordinarie*, *et regulariter*; nam triplex exceptio fieri debet. 1. si is, cui juratum est, sponte se subjiciat episcopo jurantis, quia nim. ipsemet agit ad implendam promissionem, seu contractum juratum coram episcopo jurantis, nam eo casu episcopus jurantis, praemissa cognitione causae, si invenerit juramentum esse dolo, vel metu injuste incusso extortum, potest ab eo absolvere suum subditum, cum tunc jurans sit reus; Sanch. Laym. Pirh. *loc cit.* 2. si causa relaxandi, videlicet dolus, aut vis injusta, notoria sit: tunc enim relaxatio juramenti fieri potest sine citatione partis, et cons. etiam ab episcopo jurantis, proderitque relaxatio haec juramenti ad hoc, ut si postea conveniatur de observatione juramenti, per exceptionem doli, aut metus se possit defendere, ut notant Alex. *in cap. debitores* 6. *hoc tit.* 3. si contractus, juramento injusto extorto confirmatus, sit celebratus extra dioecesim jurantis, et cui juratum est, tunc enim episcopus loci, ubi celebratus contractus est, de contractu celebrato cognoscere, et si constet, juramentum injuste extortum fuisse, illud relaxare debet; Sanch. Pirh. *loc. cit.* Ratio est, quia contrahentes sortiuntur forum in loco contractus; *cap. fin. de for. competent.*

100

Dub. 2. an non tantum praelatus ecclesiasticus, sed etiam judex, seu magistratus secularis relaxare possit juramentum homini praestitum? *Ratio dubitandi* est, quia juramenti obligatio est spiritualis; igitur saecularis, et civilis potestas de ea non potest disponere. *Conf.* civilis potestas impedire non potest ecclesiasticam jurisdictionem, at si vires juramenti impedire posset, jurisdictionem ecclesiasticam impediret, cum medio juramento jurans efficiatur jurisdictionis ecclesiasticae. Ob has rationes plures DD. censent potestatem civilem prohibere tantum posse juramentum apponi, nunquam

tamen impedire: imo neque impedire posse vires illius, si contractibus alias licitis apponatur, licet contractus, quibus juramentum apponitur, jus positivum irritos, et nullos fecerit. *Moventur*, quia ex eo, quod juramentum afficiat contractus jure positivo invalidos, non efficitur, quod etiam juramentum invalidum sit, ut patet in juramento solvendi usuras, illasque non repetendi, ubi validum est juramentum, promissio tamen invalida. Ego ad dubium propositum.

101

Respond. 1. Non excedit potestatem judicis saecularis indirecte relaxare vinculum juramenti inter laicos sibi subditos, si res juramento promissa pertineat ad forum saeculare, et bonum publicum istud exigat; Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 149. *n.* 12. Sanch. *l.* 3. *cap.* 22. *n.* 5. Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 22. *n.* 165. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 905. Laym. *in cap.* 28. *hoc loc. n.* 7. Gonzal. *in cap.* 1. *eod. n.* 12. Zoes. *hic n.* 80. Pirih. *n.* 159. Ratio est, quia si exigat bonum publicum relaxari juramentum, is, cui juratum est, debet illud remittere juranti; ergo si neget remittere, judex etiam saecularis nomine, et loco illius, etiam renitentis, remittere poterit. Ratio *conf.* est, quia generaliter, quando subditus tenetur praestare consensum ad actionem aliquam, et renuit, judex, seu magistratus supplere consensum illius potest, eoque invito praestare, quod hic, et nunc bonum publicum exigit, ut patet in multis aliis casibus, et exemplis.

102

Respond. 2. Potest probabiliter magistratus saecularis, saltem princeps, qui superiorem non recognoscit, si bonum publicum ita postulet, pactum aliquod, quod bonis moribus civilibus, et fini politico reip. adversari videtur, adeo infirmare, et irritum reddere, ut neque accessione juramenti confirmetur; Sanch. *l.* 3. *mor. cap.* 12. *n.* 50. Pirh. *hic n.* 139. Ratio est, quia quod juramentum confirmare possit contractus, jure positivo irritos vel irritandos, non ex propria virtute habet, sed ex jure positivo humano talem vim confirmandi eidem tribuente; ergo si jus, aut lex positiva, vel consuetudo vim legis obtinens, nolit contractum juramento confirmari, juramentum non confirmabit illum contractum. *Conf.* nam quaevis potestas publica debet esse sufficienter instructa ad prohibendum ea, quae fini suo, et bono communi obesse possunt: inter haec possent esse pacta, vel contractus aliqui, et horum obligationes; igitur potestas dari debet ejusmodi contractus infirmandi, et quidem ita, ut nullo modo, ne quidem per appositum juramentum, confirmari possint; alias cluderetur publica potestas, si subditi, quod una via per pactum, aut contractum consequi non possunt, alia via, nimirum per juramentum consequerentur.

103

Resp. 3. Potest idem princeps saecularis supremus, si publicum bonum ita exigat, infirmationem contractus facere, ita, ut non tantum non oriatur obligatio justitiae, quae oriretur ex juramento, si confirmaret contractum, sed etiam, ut neque nascatur obligatio religionis; Sanch. *l.* 3. *cap.* 22. *n.* 10. Less. *l.* 2. *de just. cap.* 42. *n.* 55. *et* 56. Bonac. *tom.* 2. *D.* 4. *q.* 1. *p.* 17. *n.* 1. Pal. *D.* 2. *de juram. p.* 13. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 159. Ratio est, quia potest suum subditum reddere inhabilem ad acceptandam promissionem hac, vel illa forma praestitam, sed absque acceptatione promissorium juramentum obligationem non inducit; ergo etc.

Resp. 4. Potest magistratus, vel princeps secularis ob bonum publicum prohibere executionem obligationis per juramentum inductae: quo facto cessabit hoc ipso obligatio ista, cum juramentum esse vinculum iniquitatis nequeat.

Resp. 5. Potest imperator principem, vel statutum imperii subjicere banno, cujus effectus inter ceteros est relaxatio juramenti fidelitatis, quo principi, vel statui illi ipsorum subditi ante banni declarationem fuerunt obstricti.

104

Ad rationem dubitandi *n.* 100. allatam dico; per eam plus non probari, quam quod judex saecularis non possit relaxare juramentum directe: quod non est contra assertam doctrinam, in qua, prout ex quintuplici data responsione patet, relaxatio solum fit indirecte, subtrahendo sc. fundamentum juramento, quo subtracto etiam obligatio ipsius cadit. Ex quo sequitur ad *conf.* nam ut relaxare juramentum, ita etiam impedire indirecte sic relaxando extensionem ecclesiasticae jurisdictionis princeps, vel magistratus saecularis potest. Neque hoc limites potestatis saecularis excedit, sed vel maxime ei conveniens est, quippe cum hoc modo obvietur fraudibus, quae ob recursum ad ecclesiasticam jurisdictionem in iis contractibus intervenire solent.

105

Dub. 3. an et qualis requiratur causa, ut juramentum relaxari, vel dispensari in eo possit? Resp. Si homini factum sit, ab hoc, cui factum est, relaxari, vel condonari potest, pro libitu, etiam sine causa. Ut ab alio solvatur, et relaxetur juramentum, certum est requiri causam, etiam dum pontifex dispensat; quia ejus vinculum obligat jure divino, et cons. consentiente Deo solvendum est: deficiente autem causa, Deus non consentit: ergo etc.

Porro causas relaxandi juramentum recenset Rodriq. *in summ. part.* 1. *cap.* 27. *n.* 5. Azor. *part.* 1. *l.* 11. *cap.* 9. *quaest.* 7. Gonzal.

in cap. 1. *hoc tit n.* 15. et alii. 1. Si turpitudo detur in juramento ratione materiae, vel rei promissae; *cap. ex administratione* 1. *h. tit.* 2. Si dolo, aut metu extortum sit; *cap. verum* 15. *et cap. si vero* 8. *h. t.* 3. Si gravius, aut majus bonum faciendum occurrat; *cap. pervenit* 3. *eod.* 4. Si temere, et inconsiderate juratum sit; *cap. tua nos* 5. Si dubitetur, an jusjurandum locum habeat, necne. 6. Ut aliorum offensio tollatur. 7. Ut peccati periculum, et occasio praecidatur etc.

TITULUS XXV.

De exceptionibus.

Hactenus considerata sunt arma actoris, quibus ille munitus reum aggreditur, et intentionem suam probat: nunc examinandum, quae sint defensiones rei; nam cum in judicio aequalitas observanda sit inter actorem, et reum, aequum est, ut sua etiam reo concedantur arma, quibus se contra actorem defendat, et hujus probationes elidat. Haec arma exceptiones sunt, de quibus hoc titulo. Nomen exceptionis derivatur a verbo *excipere*; nam qui exceptionem opponit, quasi aliquid capit, vel tollit ex actione proposita. Germanice dicitur *ein Auszug*, *Schuts*, *oder Gegenuuebr*, *Einredt.* Sit igitur

§. I.

De natura, varietate, et origine exceptionis.

SUMMARIUM

1 *Definitio exceptionis.*
2 3 *Varietas.*
4 *Quid sint exceptiones peremptoriæ?*
5 *Quid dilatoriae?*
6 *Quare illae dicantur perpetuae, hæ temporales?*
7 8 *Quo jure exceptio competat?*
9 *Quid sit replicatio?*
10 *Quae replicationes rejiciendae?*

1

Quaeritur 1. quid sit *exceptio*? Respond. nomen exceptionis dupliciter sumi; aliquando enim sumitur *late* pro omni defensione, quae reo competit; etiamsi nulla adversario debeatur actio, vel si debebatur, jam fuerit sublata, ut si ex empto agat, qui emptionem

non celebravit, si rem repetat, quam alter praescripsit etc. Haec a quibusdam dicitur *exceptio facti*, seu *intentionis*, per quam excluditur intentio actoris.

Aliquando exceptionis nomen accipitur *stricte* pro defensione, quae reo competit, et qua excluditur actio, vel potius effectus actionis adversario de jure alias competentis, et hoc propter aequitatem naturalem, quia ob aliquam causam iniquum foret reum eo nomine condemnari, ut si Cajus, metu adactus a Titio, vendidit ei suum agrum; nam si Titius postea agat ex empto ad traditionem rei, quae actio emptori alias de jure competit, potest Cajus excipere, quod metu adactus vendiderit, et a judice petere rescissionem contractus. Haec exceptio a quibusdam appellatur *exceptio juris*, *et*.

Definiri potest, *quod sit actionis exclusio*, *qua reus actionem contra se institutam vel retardat*, *vel penitus elidit.* Colligitur ex *l. exceptio* 2. *ff. h. tit.* et concordant quoad sensum DD. Differt ab *actione*, quia actio actori datur, ut id, quod sibi debetur, in judicio persequatur; exceptio autem reo, ut se contra actorem defendat, et quod hic sibi deberi vult, ostendit non deberi, vel non ita deberi. Neque obstat *l. agere* 11. *ff. h. t.* ubi dicitur, quod reus *exceptione fiat actor*; non enim fit actor vere, vel ita, ut propterea dici possit actionem instituere contra adversarium suum, sed tantum quoad onus probandi exceptionem, ubi partes actoris sustinet, et probare exceptionem a se objectam debet.

Quaeritur 2. quotuplex sit exceptio? Resp. quinque omnino divisiones afferri. 1. enim dividitur in proprie dictam, et improprie dictam: de quibus *n. praec.*

2

2. In nominatam, et innominatam. *Nominata est*, cui nomen aliquod a jure inditum est, qualis est exceptio solutionis, jurisjurandi, rei judicatae etc. *Innominata* vocatur, quae certo nomine in jure non designatur, eamque ob causam *exceptio in factum* indigitatur; Gonzal. *in c.* 4. *t. n.* 7.

8. In civiles, et praetorias. *Civiles* sunt, quae a jure civili sunt introductae. Tales sunt exceptiones S. C. Macedoniani, Vellejani, non numeratae pecuniae, juramenti, rei judicatae etc. *Praetoriae* appellantur, quae a praetore ob naturalem aequitatem concessae sunt, ut doli mali, et metus exceptio; item pacti conventi de non petendo, et aliae, quarum celebriores enumerat imperator §. *quarum* 8. *inst. h. tit.*

3

4. In reales, et personales, quibus aliqui addunt tertiam speciem, nempe mixtas exceptiones. *Reales* sunt, quae rei, seu cau-

sae adhaerent: unde non solum principali debitori, sed etiam haeredi ejusdem, et fidejussori prosunt. Tales sunt exceptio doli, metus, restitutionis in integrum, rei judicatae etc. *Personales* dicuntur, quae non causae, sed personae intuitu dantur, cum qua proinde etiam extingui solent. Talis est exceptio competentiae, quae datur reo, quando socius omnium bonorum agit adversus socium, libertus adversus patronum, filius adversus patrem, uxor adversus maritum pro repetenda dote; tunc enim rei conventi exceptionem competentiae habent, i. e. ut in id tantum condemnentur, quod honeste facere possunt; ne ipsi egeant: quae exceptio, cum intuitu tantum harum personarum detur, aliis, nim. earum fidejussoribus vel successoribus, non competit; *l. exceptiones 7. princ. ff. hoc tit. Mixtae* tandem appellantur, quae certo personarum generi dantur, non tamen intuitu solius personae, sed etiam ratione materiae: hinc etiam fidejussoribus eorum competunt, quibus dantur. Harum quatuor sunt, nim. 1. exceptio S. C. Vellejani, per quam succurritur mulieribus, si per suam intercessionem, aut fidejussionem laedantur. 2. exceptio S. C. Macedoniani, quae datur filiofam. sine consensu patris mutuum accipienti. 3. exceptio operarum, quae datur liberto, ut non teneatur operas in manumissione a patrono impositas praestare, quippe quae onerandae libertatis causa impositae sunt. 4. exceptio restitutionis in integrum, quae competit minori 25. annis.

5. Denique celeberrima divisio exceptionis est in dilatorias, et peremptorias. De his.

4

Quaeritur 3. quid sint dilatoriae, et peremptoriae exceptiones? Resp. *peremptoriae* vocantur, quae jus actoris perimunt, et semper agentibus obstant; *§. perpetuae 9. instit. hoc titul. l. exceptiones 3 princip. ff. eod.* Hae triplicis generis sunt; nam 1. earum quaedam ostendunt actionem nunquam fuisse ortam, ut siquis excipiat, non donatum, non contractum, non legatum etc. fuisse, quod alter donatum, legatum etc. dicit. 2. aliae contendunt actionem, quae competebat, fuisse extinctam, ut rei judicatae, transactionis, jurisjurandi, compromissi, solutionis, pacti de non petendo, praescriptionis, similes exceptiones, quae *litis finitae* dicuntur. 3. Aliae opponunt, actionem, seu jus agendi quidem competere adversario, sed illud elidi, ac perimi posse, ac proinde esse inefficax, cujusmodi sunt exceptiones, doli, metus, erroris etc.

5

Exceptiones dilatoriae dicuntur illae, quae actionem non omnino perimunt, vel tollunt, sed tantum differunt ad tempus; *§. temporales 10. institut. hoc tit.* Etiam istae diversi sunt generis; nam 1.

aliquae respiciunt *personam judicis*, quod suspectus, juris imperitus, incompetens sit; quod ob alium defectum corporis, animi, vel natalium, judicis officio fungi nequeat; quod reus ab alio judice jam sit praeventus etc. 2. aliae respiciunt *personam actoris*, vel *procuratoris* ejusdem, et opponuntur ad repellendum illum ab agendo, ut si excipiatur, quod pupillus siue tutore compareat in judicio ad agendum, minor sine curatore, filiusf. sine consensu patris, procurator sine mandato etc. 3. aliae respiciunt *personam rei conventi*: hae opponuntur actori, quaerendo coram judice, quod ab actore sit spoliatus, ac propterea per hanc exceptionem reus petit restitui prius in integrum, antequam cogatur respondere. 4. aliquae respiciunt *locum, et tempus judicii*, quod videlicet locus non sit tutus, aut honestus, quod tempus sit feriatum, terminus nimis angustus, et brevis, quod dies solutioni praefixus nondum advenerit etc. 5. denique aliquae respiciunt ipsam *causam*, ut est exceptio libelli inepti, vel obscuri, litis pendentiae, plus petitionis, ne causae continentia dividatur, quod solutionis dies nondum advenerit etc.

6

Imperator §. *appellantur* 8. *et* §. *seq. instit. hoc tit.* exceptiones dilatorias *temporales*, peremptorias vero *perpetuas* appellat: quod non est accipiendum de tempore, quasi tamdiu duret jus excipiendi; nam potest aliqua esse peremptoria, quae tamen non nisi certo tempore datur, uti est exceptio non numeratae pecuniae, quae tantum durat biennio; et e contrario potest esse exceptio aliqua dilatoria, quae tamen durat perpetuo, et nullo tempore praescribitur, aut exspirat. Sed dilatoriae quidem temporales dicuntur; quia actionem, ut dixi, non omnino perimunt, sed ad tempus tantummodo differunt: peremptoriae autem perpetuae appellantur; quia in perpetuum actionem perimunt.

7

Quaeritur 4. quo jure exceptio competat? Resp. varias esse sententias; nam 1. Abb. *in rubr. hoc tit. num.* 3. Vvesembec. *ff. eod. num.* 8. Harpr. *princ. inst. dict. tit. num.* 12. originem exceptionis referunt ad jus naturale; quia exceptio defensio est, quae jure naturae competit.

2. Corrasius *l. miscell. cap.* 16. *num.* 10. Faber *jurispr. tit.* 2. *princip.* 5. *illat.* 5. Hunnius *vol.* 2. *D.* 26. *quaest.* 3. §. *verum* contendunt eas esse civili jure introductas, et hoc duplici persuasi argumento. 1. quia exceptio est exclusio actionis, ut *n.* 1. dictum est, sed actiones inventae sunt a jure civili; igitur etiam exceptiones. 2. quia exceptio tolli lege, aut rescripto principis potest; *cap. ex parte* 13. *de offic. deleg. l. siquis* 3 §. *si is* 3. *ff. quod quisque ju-*

ris etc. l. exemplo 36. *C. de decur.* tolli autem exceptio non posset, si juris naturalis esset; §. *sed naturalia* 11. *instit. de J. N. G. et C. et l. eas obligationes* 8. *ff. de cap. minut.*

3. Host. et alii in hanc *rubr.* mediam eligunt viam, et dicunt, exceptiones quoad originem, et substantiam esse juris naturalis; quo ad formam vero', et solemnitatem esse juris civilis. Haec sententia facile refellitur; nam substantia exceptionis non differt a forma ejusdem, cum aliter reus defendere se exceptione nequeat, quam si eam juxta formam judicialem opponat adversario; igitur quoad utramque aut a jure naturali, aut a positivo indivisim descendet.

8

4. Alii cum Aretino aliter distinguunt, et si quidem facultas excipiendi descendat a jure civili, ut in exceptione praescriptionis, aut rei judicatae, volunt exceptionem tribuendam juri civili; si vero materia illius proveniat a jure gentium, veluti exceptio pacti conventi, vel similis legitimae defensionis, tribuendam juri gentium. Neque ista satisfacit; quia actio, et exceptio in jure aequaliter se habent, sed etsi contractus qui est actionis materia, sit juris gentium, actiones tamen semper dicuntur esse juris civilis; igitur etsi exceptionis materia aliquando sit juris gentium, ipsa tamen exceptio esse potest adhuc juris civilis.

5. Gonzal. *in cap.* 5. *hoc tit. num.* 6. P. Konig. *hic num.* 8. P. Schmier *proc. judic. c.* 14. *num.* 18. *et seqq.* alia distinctione utuntur; nam si exceptio sit introducta ad justam, et necessariam defensionem, concedunt jure naturali illam competere, sive deinde illa a jure naturali causam ducat, sive a jure civili; nam utroque casu exceptio vere defensio est, nec quidquam refert ad rationem verae defensionis, an per modos a natura introductos, an per modos a jure civili inventos fiat. At si defensioni non deserviat, vel ad eam non sit necessaria, ut est exceptio competentiae, S. C. Macedoniani, Vellejani etc. volunt exceptionem solius juris positivi esse: et has concedunt lege civili, aut principis rescripto tolli posse, cum eo casu nulla defensio naturalis, sed solum positivi juris tollatur. Hinc sententiae non illibenter adstipulor, cum omnium maxime difficultates ceterarum evitet, vel complanet.

9

Quaeritur 5. quid sit *replicatio*? Resp. Haec exceptioni contraria est, sicut exceptio contraria est actioni; saepe enim contingit, *ut exceptio, quae prima facie justa videbatur, tamen inique noceat*: hinc ut sua etiam actori adversus hujusmodi exceptionem detur defensio', eidem conceditur *replicatio*, ita dicta, *quia per eam*

replicatur, *et resolvitur jus exceptionis*, prout dicitur *in princ. inst. de replicat.* Nihil autem *replicatio* aliud est, quam *exceptionis elisio*, *qua actor reum adversus se excipientem repellit.* Colligitur ex *princ. cit. l. exceptio* 2. *§. replicationes* 1. *ff. et l. non exceptionibus* 10. *C. de except.*

Si replicatio justa, aut efficax esse non videatur, ad eam elidendam a reo opponitur *duplicatio*: quae etiam ipsa per *triplicationem* ab actore, et haec per *quadruplicationem* a reo oppugnari potest; *§. rursus.* 1. *et duob. seqq. institut. de replicat.* Sicque porro multiplicautur defensionum nomina, quamdiu vel actor, vel reus habet, quod objiciat ad se salvandum; Vvesenbec. *ff. hoc tit. n.* 3.

10

Ne vero sic objiciendo in infinitum procedatur, sicque repetitis ultro, citroque hujusmodi allegationibus, negotium potius implicetur, quam explicetur, hinc judicis partes erunt hac in re modum allegationibus ponere; *auth. jubemus C. de judic.* In *ord. camp. part.* 3. *tit.* 26. *§. 2. et tit.* 29. *§. ult.* cautum est, ut in exceptionibus dilatoriis ultra duplicam, et in peremptoriis ultra triplicam non procedatur. In praxi tamen etiam quadruplica admitti solet, nisi judex circumstantiis facti permotus, vel partes conventione inter se facta contrarium statuissent.

Prae ceteris autem, tanquam inutilis rejici, et repelli debet replicatio, si talis sit, ut tametsi probata sit, non tamen excludat exceptionem; nam sicuti ad omnem exceptionem (intellige peremptoriam) requiritur, ut per eam excludatur actio, sive intentio, aut jus agentis, ita ad omnem replicationem requiritur, ut per eam excludatur exceptio. Ratio utriusque sumitur ex principio generali, quod deducitur ex *l. ad probationem* 21. *C. de probat.* videlicet neminem admittendum ad probandum, quod probatum non relevat. Atqui replicatio, nisi elidat exceptionem, et exceptio, nisi elidat actionem, non relevat replicantem, vel excipientem. Igitur sicut exceptio non exclusiva actionis repelli debet, ita et replicatio non exclusiva exceptionis.

§. II.

De exceptionis oppositione.

SUMMARIUM

11

Quaeritur 1. cui, et a quo opponi exceptio possit? Resp. Exceptio opponitur actori, et ejus haeredibus *argum. l. quod ipsis* 143. *ff. de R. J.* Opponere eam possunt omnes, qui agendi potestatem habent, nam *cui damus actionem, eidem multo magis exceptionem competere quis dixerit*, ut recte Ulpianus *l. invitus* 156. §. *cui damus* 1. *ff. de R. J.*

An etiam exceptio competat illi, qui agere nequit, dubitare quis posset, ex ratione, quia, ut dicitur *l. in exceptionib.* 19. *princ. ff. de probat.* reus excipiendo fit actor. Sed hoc non obest, ut cum Vvesenb. *C. h. t. n.* 5. *et* 6. Zoes. *n.* 4. Pirh. *n.* 4. *et seq.* Konign. 10. Sannig. *cap.* 1. *n.* 2. docet communis DD. quia exceptio ad defensionem pertinet, quae omnibus licet. *Ad rationem dubitandi* exceptionem opponens, ut *n.* 1. *dictum est*, non fit vere actor, cum nihil petat sibi dari, aut fieri, sed tantum intendit actionem elidere per exceptionem oppositam: cum vero hoc efficere nequeat, nisi probet exceptionem, probandi onus autem regulariter actori incumbat, hinc non immerito dicitur etiam ipse actoris partibus fungi.

12

Dub. 1. an etiam excommunicatus excipiens in judicio audiri debeat? *Ratio dubitandi est*; quia excommunicatus non potest agere

in judicio, ergo nec excipere; nam reus excipiendo fit actor. 2. Ratio, propter quam excommunicatus repellitur a judicio, est propter periculum participationis cum illo, sed haec ratio aeque militat sive excommunicatus adsit in judicio, ut reus, sive ut actor. 3. si reo concederetur exceptio, etiam concedi eidem deberet reconventio; nam etiam haec est defensio.

Sed affirmativa sententia satis clare constat ex *cap. cum inter* 5. *h. t.* ubi ratio additur, quia nimirum aequitas postulat, ne *impugnante actore, reo copia defensionis negetur*. Habet autem hujusmodi exceptio rationem necessariae defensionis: ergo etc.

13

Rationes dubitandi allatae facilem habent solutionem. *Ad* 1. negatur paritas inter actorem, et reum; nam actor voluntarie provocat ad judicium, cum nemo agere compellatur; reus vero necessitate compellitur ad sistendum se judicio, quia *judicium etiam in invitum redditur*, ut Paulus *l. inter stipulantem* 83. §. *Stichum* 1. *ff. de V. O.* loquitur. Igitur etsi actor esse excommunicatus nequeat, cum tamen reus est, permittenda ipsi est omnis defensio; quae alias reo competit; alias contingeret saepenumero, ut condemnaretur absolvendus. *Ad* 2. ratio, quare actor excommunicatus repellatur a judicio, non tantum est, ne cum ipso communicetur, sed vel maxime, ut inde afficiatur rubore, et ab excommunicatione resipiscat: haec autem ratio non pugnat in reo; quia si repelleretur a judicio, non ruborem pateretur, sed potius commodum ferret. Deinde periculum communionis nullum est, cum reus in judicio auditur, et excipit; quia tunc a culpa, et cons. etiam a censura excusat necessitas, et ratio communis boni, quod sequitur, si reus excommunicatus cogatur comparere in judicio. *Ad* 3. reconventio non est vere, ac proprie defensio, sed potius actio, et impugnatio; est enim nova, et secunda conventio: ideoque cui prohibita est conventio, etiam prohibita est reconventio; Vivian. *inc.* 5. *cit.* Laym. *ib. n.* 6. Gonzal. *n.* 6.

14

Dub. 2. utrum excommunicatus si contra justitiam condemnetur, appellare etiam possit? Resp. Potest appellare, ut habetur *c. cum inter* 5. *h. t.* Ratio est, quia omnis defensio in judicio excommunicatis est reservata: est autem appellatio quaedam defensio, cum principaliter instituta sit ad removendum gravamen a judice illatum, aut verisimiliter inferendum; ergo etc. *Conf.* quia nisi excommunicatus per sententiam condemnatus facultatem haberet appellandi, posset per transitum sententiae in rem judicatam ei grave praejudicium generari, cum forte sit innocens in causa, propter quam litigat.

38 *

Extenditur responsio 1. ut non solum appellare possit, sed etiam appellationem prosequi, uti sumitur ex *cap. significaverunt* 11. *h. t.* Ratio est, quia parum, vel nihil prodesset appellatio, nisi illam posset appellans prosequi. Estque hoc verum non tantum casu, quo excommunicatus appellans in prima instantia fuit reus, sed etiam, quando actor, quia, cum appellatio, ut dictum, sit quaedam defensio, excommunicatus appellans in secunda instantia quodammodo reus fit: igitur non obest, quod in prima instantia fuerit actor.

15

Extenditur 2. ut excommunicatus appellans etiam rescriptum impetrare possit, et beneficio illius judices, qui de causa appellationis cognoscant, ut deciditur *cap. dilectae* 10. *h. t.* Ratio est, quia si quidpiam alicui concessum sit, censentur etiam concessa ea, sine quibus illud inefficax foret, vel commode expediri non posset; *c. praeterea* 5. *de offic. deleg.* parum autem, vel nihil prodesset excommunicato facultas appellandi, vel appellationem prosequendi, nisi pro causa appellationis posset impetrare judices. Igitur hoc ipso, quod excommunicato concessum sit appellare, et appellationem prosequi, etiam concessum censeri debet, quod super ea possit impetrare rescriptum ad judices delegatos. Neque requiritur, ut in rescripto fiat mentio de excommunicatione; nam reticentia veritatis tum solum rescriptum vitiat, quando tale aliquid reticetur, quod si scivisset princeps, rescriptum non dedisset: atqui rescriptum tale adhuc fuisset datum, etiamsi in eo fuisset expressa excommunicatio.

16

Extenditur 3. ut hoc procedat, non solum, si appellans excommunicatus sit ex aliis causis, sed etiam si excommunicatus fuerit propter causam, a qua appellavit, prout cum aliis notat Pirh. *hic n.* 14. et sumitur ex *cap. ipso jure* 1. *de rescr. in* 6. ubi generaliter et indistincte permittitur excommunicato impetrare rescriptum in causa excommunicationis, vel appellationis. Neque obstat *cap. per tuas* 40. *vers. verum in aliis de sent. excommunic. et cap. cum contingat* 36. *vers. verum de offic. deleg.* ubi probatur excommunicatum appellantem non esse prius audiendum super prosecutione appellationis, quam ab eo excommunicatione fuerit absolutus; nam id intelligendum est casu, quo aliquis ab ipsa excommunicationis sententia appellat: tunc enim prius absolvi debet, neque antea ad litigandum de injustitia appellationis admitti, ne videatur censuram ecclesiasticam contemnere.

17

Dub. 3. an si uterque litigans excommunicatus sit excommunicatione majori, et reus actori opponat exceptionem excommunica-

tionis, eumdem actor replicatione excommunicationis possit repellere? Resp. non posse. Ita Gail. *l.* 1. *obs.* 71. *n.* 5. Vves. *C.* *h.* *t.* *n.* 6. P. Jord. *l.* 14. *tit.* 23. *n.* 15. Laym. *in cap. a nobis* 2. *h. tit.* *n.* 1. Gonz. *ibid.* *n.* 6. Ratio est, quia in hoc casu non habet locum compensatio excommunicationis unius cum excommunicatione alterius ob defectum paritatis; nam favorabiliores sunt rei, quam actores, ideoque reo facilius conceditur defensio, seu exceptio, quam actori impugnatio, seu actio. Multo minus actor excommunicatus, cui reus opposuit excommunicationem majorem, repellere eundem potest per exceptionem excommunicationis minoris, ut deciditur *cap. a nobis cit.* et docet *ibid.* Vivian. *in ration.* cum aliis. Ratio est, quia per excommunicationem majorem repellitur excommunicatus a communione fidelium, et cons. etiam a communicatione forensi; at per minorem solum arcetur a participatione, seu perceptione sacramentorum.

18

Sed quid, si reus excommunicationem minorem incurrisset per communicationem cum actore excommunicato? *Videtur tunc repelli posse* ab actore exceptionem rei; nam qui communicavit cum actore excommunicato, approbavit saltem tacite, et ipso facto personam illius, sed quem semel quis approbavit, non potest deinde eundem reprobare; ergo etc. *Sed adhuc dicendum*; nisi communicaverit cum actore excommunicato in crimine, adhuc reum posse opponere exceptionem excommunicationis, neque ipsum ab actore ob communicationem secum habitam ab exceptione repelli posse; Vivian. *in cap.* 2. *cit.* Gonz. *ibid.* *n.* 5. Barb. *n.* 1. nam adhuc urget ratio allegata. *Neque obstat* ratio dubitandi allegata in contrarium; nam regula ibi posita locum habet tantum in iis rebus, in quibus consentiendo videtur aliquis renuntiare juri suo: hoc autem in proposito non contingit; nam vel actor est excommunicatus toleratus, vel non toleratus. *Si non toleratus sit*, tenetur eum vitare, neque potest renuntiare juri suo: *si toleratus est*, jure novo concilii Constantiensis libera facultas conceditur fidelibus communicandi cum illo, vel eundem vitandi, prout voluerint, quod cum in favorem fidelium sit institutum, late interpretandum est, nec statim excommunicatione cum illo praesumenda approbatio personae ejusdem pro omni casu.

19

Quod de reo excommunicato dictum est, dicendum est etiam, si alias infamis, vel criminosus sit; nam adhuc potest actori opponere exceptionem infamiae, vel criminis, non obstante suo crimine, nec tam requiritur, ut quis in judicio possit agere, quam ut excipere ipsi

liceat; excipere enim licet omni reo, non autem omni illi, qui reus esse in judicio potest, etiam licet esse actorem.

Quaeritur 2. quando singulae exceptiones proponi debeant? Resp. aliter discurrendum de exceptionibus dilatoriis, et aliter de peremptoriis. Hinc

20

Dub. 1. quando opponi debeant exceptiones dilatoriae? Resp. Pleraeque regulariter opponendae sunt ante contestationem litis. Ita Marant. *de ordin. judic. p.* 6. *memb.* 9. *num.* 7. Hiltrop. *proces. judic. part.* 2. *tit.* 12. *n.* 26. Vvesenb. *ff. hoc tit. n.* 7. Vivian. *in c.* 4. *eod.* Barbos. *ibid. n.* 3. Gonzal. *num.* 9. *et in cap.* 12. *ibid. n.* 10. Laym. *in cit. c.* 12. *n.* 1. Vallens. *hic n.* 1. *et* 11. Zoes. *n.* 5. Pirh. *num.* 18. Engl. *n.* 2. Konig. 14. Vviest. *n.* 12. et sumitur ex *c. inter monasterium* 20. *de sent. et re judic. et l. fin. C. hoc tit.* Ratio est, quia hujusmodi exceptiones pleraeque impediunt litis ingressum, et respiciunt ea, quae judicium constituunt, videlicet personas, locum, tempus, contra quae in principio non excipiens, in ea consentire censetur, et excipiendi juri renuntiare. *Conf.* quando reus in judicio ordinario litem contestatur, judicium suscipit, et acceptat; cum deinde excipit adversus personas, locum, tempus, judicium recusat. Igitur qui post litis contestationem exceptionem dilatoriam opponit, pugnantia loquitur, sed pugnantia loquens non est audiendus; ergo etc. *Procedit* hoc maxime de iis exceptionibus, quae respiciunt personam judicis, quia sc. judex dicitur suspectus, vel incompetens etc. nam hae ante omnem actum judicialem opponi debent, ne alias reus in judicem suspectum consentire, vel incompetentis jurisdictionem prorogare videatur, ut notat Vallens. *hic n.* 7. Engl. *n.* 2. Konig. *n.* 15. cum aliis.

21

Dixi 1. *regulariter*; nam quinque casus a DD. excipiuntur, in quibus exceptiones dilatoriae opponi post litis contestationem possunt; et primi quidem tres authoritate *cap. pastoralis* 4. *hoc tit.* duo reliqui, sic suadente aequitate. *Primo* quidem, si reus prius protestatus sit, quod salvas sibi velit esse alias exceptiones: Hae tamen nominatim, et in specie exprimendae sunt, et quidem in scriptis, nec sufficit in genere dicere, *salvis aliis exceptionibus*; quia alias non satis provisum esset abbreviandis litibus, 2. Si primum post litem contestatam exceptio de novo exorta fuerit, vel ex facto adversarii, ut exceptio spolii, vel respectu judicis, qualis est exceptio recusationis, vel aliunde; quia quae de novo emergunt, novo indigent auxilio, *l. de aetate* 11. §. *ex causa* 8. *ff. de interrog. in*

jure fac. 3. si exceptio quidem competebat ante contestationem litis, sed post eam primum innotuit, quod competeret; hanc enim reus adhuc potest opponere, si juramento testetur, quod malitiose non excipiat, videlicet litis protrahendae gratia, sed quod postea primum notitiam ejus acceperit. Ratio est, quia impossibilium nulla est obligatio; erat autem impossibile exceptionem opponere antequam illa innotesceret. 4. Si ignorata quidem non fuit exceptio ante contestationem litis, sed tum probari non poterat, cum tamen postea probandi facultas fuerit acquisita; quia paria sunt non competere exceptionem, et eam probari non posse; *arg. c. ut circa* 4. *de elect. in* 6. ibi. *Supervenit probandi facultas.* 5. Si exceptio, antea omissa, statim, in continenti post litem contestatam, aut lapsum terminum opponatur; quia quae in continenti fiunt, inesse censentur; *leg. lecta* 4. *vers. dicebam ff. de reb. credit.*

22

Dixi 2. *pleraeque*; quia post litis contestationem opponi possunt, 1. exceptiones dilatoriae, quae processum retro nullum reddunt; qualis est exceptio falsi procuratoris, quod vel mandatum non habeat, vel si habeat, insufficiens sit; *l. licet* 24. *C. de procur.* Exceptio falsi tutoris; *arg. rubr.* et *textus ff. quod falso tutor.* Exceptio incompetentis judicis, si talis ille sit, in quem pars litigans consentire non possit; uti est saecularis respectu clerici; Vall. *hic num.* 11. Zocs. *num.* 5. Pirh. *num.* 28. Proceditque hoc, ut hujusmodi exceptio opponi possit etiam post sententiam; nam cum sit exceptio nullitatis, omni tempore opponi potest. 2. Exceptiones, quae gravamen successivum habent, uti est exceptio loci non tuti, vel suspecti, termini angusti, feriarum etc. nam hae quandocumque opponi possunt; Hiltrop. *tit.* 12. *cit. n.* 68. *et* 87. Eckolt. *ff. hoc tit.* §. 12. Gonzal. *in c.* 4. *eod. n.* 10. Kouig. *n.* 20. 3. Exceptio excommunicationis majoris; nam hae in quacumque parte judicii dilatorie opponi potest; *c. exceptionem* 12. *hoc tit.* et *c. pia* 1. *princ. eod. in* 6. ubi duplex assignatur ratio, scilicet ne reus cum periculo animae suae communicare cogatur cum excommunicato, et ut magis censura ecclesiastica timeatur. Proceditque hoc, etsi malitiose distulerit reus exceptionem excommunicationis facere, ubi tamen, ut recte Vivian. in *cap.* 12. *cit.* notat, condemnari in expensas debet; quia per malitiosam dilationem exceptionis actorem laboribus, et sumptibus indebite fatigavit, 4. opponi lite contestata, imo in ipsa executione potest exceptio competentiae; etsi secundum veriorem doctrinam dilatoriarum numero accenseatur; *l. ex diverso* 17. *§. fin. solut. matrim.* Hiltrop. *loc. cit. num.* 88. 5. post contestationem litis excipi potest de ineptitudine libelli; Marant.

memb. 9. *cit. num.* 5. Hiltrop. *num.* 66. Ratio est, quia libellus est fundamentum judicii; sed ubi non est fundamentum positum, omnia ruunt, quae superstruxeris. 6. sunt et aliae exceptiones dilatoriae, ipsam causam respicientes, quae poterunt post litem contestatam objici, et probari, cum non videatur reus in ullo sibi praejudicare ante litem non proponendo, cum ea, quae causam concernunt, non nisi constituto judicio, sint proponenda, et tractanda.

23

Dub. 2. quando opponi debeant exceptiones peremptoriae? Resp. Regulariter post contestationem litis opponuntur, nonnullae tamen opponi possunt etiam, antequam lis contestata sit, et aliquae etiam post sententiam.

Dixi 1. *Regulariter post contestationem litis opponendas exceptiones peremptorias.* Ita communiter DD. et constat ex *l. siquidem* 9. *C. hoc tit. et l. peremptorias* 2. *C. sent. rescind. non poss.* Et tales sunt praecipue, quae jus, et actionem ortam, et actori competentem elidi, et perimi posse ostendunt. *Ratio est*; quia hujusmodi exceptiones proprie sunt exclusio actionis; excludi autem, et perimi actio non potest, antequam proposita sit in judicio, quod constituitur per litis contestationem.

Dixi 2. *nonnullas opponi posse, antequam lis contestata sit.* Tales sunt. 1. Exceptiones improprie dictae, videlicet solutionis factae, praescriptionis etc. Konig. *n.* 23. Vviest. *n.* 27. quia frustra litem contestaretur reus, si actor actionem de jure nullam habet. 2. Exceptiones, quarum veritas notoria est, ita, ut actorem calumniari evidenter constet: imo per has, si opponantur, impeditur contestatio litis, ut notat Perez *C. hoc tit. n.* 11. Ratio est; ne reus laboribus, et expensis frustra fatigetur. 3. Exceptiones peremptoriae, quae ex speciali privilegio litis ingressum impediunt, uti sunt exceptio rei judicatae, transactionis, jurisjurandi, quae *litis finitae* dicuntur; *cap. exceptionis* 1. *de lit. contest. in* 6. Hiltrop. *n.* 94. Vallens. *num.* 13. Zoes. *num.* 6. Ratio est, quia lis semel aliquo horum modorum finita amplius inchoari non debet.

24

Dixi 3. *aliquas opponi posse etiam post sententiam.* Tales sunt 1. exceptio nullitatis sententiae ex quacunque causa. Marant. *de ordin. judic. p.* 4. *dist.* 16. *n.* 7. Vivian. *in c.* 6. *hoc tit.* Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 23. *n.* 27. Ratio est, quia de nullitate sententiae semper cognoscere judex potest, et de novo sententiam ferre, cum ferendo nullam, nondum functus officio suo sit. 2. exceptiones, quae sententiam rescindunt, ut exceptio restitutionis in integrum *l. minor.* 36. *ff. de minor.* 3. exceptiones, quae sententiam quidem non im-

pugnant, ut priores, executionem tamen impediunt, vel moderantur, ut sunt exceptio SC. Macedoniani, Vellejani, non numeratae pecuniae, et id genus aliae; Hiltrop. *l. cit. num.* 96. Pax Jordan. *num.* 27. Vallens. *n.* 13. Zoes. *n.* 6. Ratio est, quia hoc ipso, quod similes exceptiones tantum respiciant executionem, licet ante sententiam non opponantur, non tamen idcirco praesumi potest, quod illis renuntiatum sit.

Addidi autem, *aliquas ita opponi post sententiam posse*; regulariter enim opponi exceptiones peremptoriae possunt, et debent a tempore contestatae litis usque ad sententiam: post illam non recte opponuntur, sed ad appellationis beneficium est convolandum, vel si condemnatus sit minor, postulanda restitutio in integrum ad proponendam exceptionem, ut habetur *l. peremptorias cit. C. sent. rescind. non poss.* Quod multo magis verum est, cum sententia jam transiit in rem judicatam; tunc enim ne appellatio quidem conceditur.

25

Dub. 3. an, et qualiter judex certum tempus statuere possit, intra quod exceptiones dilatoriae proponi debeant? *Ratio dubitandi* est, quia *indultum a jure beneficium non est alicui auferendum* juxta *reg.* 17. *in* 6. sed ad opponendas in judicio exceptiones dilatorias concessum a jure est tempus a litis exordio usque ad contestationem ejusdem; *l. fin. C. hoc tit. l. exceptionem* 19. *C. de probat. lib. ita* 13. *C. de procurat.* ergo judex non potest auferre privilegium hoc, tempus istud coarctando.

Sed hoc non obstante, dicendum adhuc, quod judex possit, et aliquando etiam debeat his exceptionibus opponendis statuere aliquem terminum, et ita quidem, ut si post lapsum hujusmodi termini opponere exceptionem aliquam reus voluerit, regulariter non amplius audiatur. Ita Vivian. *in c. pastoralis* 4. *hoc tit.* Layman *ibidem n.* 1. Gonzal. *n.* 1. Barbosa *n.* 1. Pax Jordan. *tit.* 23. *cit. n.* 5. Haun. *tr.* 3. *n.* 323. Pirhing *n.* 26. Vviestner *n.* 12. et statuitur *cap. pastoralis cit.* Ratio decisionis est, quia lites sunt amputandae, et intra competentem terminum expediendae; *c. finem* 5. *de dol. et contum. l. properandum* 13. *princip. C. de jud.* Proceditque hoc, etsi lis nondum sit contestata; nam terminus ab homine constitutus succedit in locum termini statuti a jure; *argum. cap. personas* 4. *et cap. seqq. de appell.* igitur si judex statuat pro allegandis exceptionibus terminum, ipse hic terminus habebit vim contestatae litis. Potest autem judex terminum ad opponendas exceptiones dilatorias reo praefigere non tantum ad petitionem actoris, in cujus favorem principaliter as-

signatur talis terminus, sed etiam ex officio suo; quia boni judicis est lites dirimere, et malitiis hominum obviare.

26

Addidi tamen, regulariter post lapsum termini statuti a judice volentem excipere non audiendum; nam plures sunt casus, quibus, non obstante termino peremptorio a judice assignato, exceptio dilatoria opponi potest omni tempore, et in quavis litis parte. Et talis est 1. exceptio procuratoria; *c. in nostra 4. de procurat. et l. licet 24. C. eod.* 2. exceptio recusationis judicis, si de novo emergat, vel innotescat, aut talis sit judex, in quem reus consentire non potest; *cap. insinuante 25. de offic. judic. delegat.* 3. exceptio excommunicationis; *clem. uni. hoc titul.* Proceditque hoc, etiamsi judex nominatim, et specifice terminum dederit ad proponendam exceptionem excommunicationis, quia non potuit hoc beneficium juris auferri reo a judice: item procedit, etsi reus jurasset se non oppositurum exceptionem excommunicationis contra actorem; quia non potuit renuntiare huic suo juri. Huc etiam pertinent omnes ii casus, quibus *n.* 21. *et* 22. dixi, opponi exceptiones dilatorias post contestationem litis a reo posse; nam iisdem casibus etiam opponi possunt post terminum statutum a judice.

Ad rationem dubitandi allatam dico, judicem statuendo terminum opponendis exceptionibus non restringere tempus a jure praescriptum (nullum enim certum a jure praescriptum est) sed tantum explicare facultatem reo concessam ad opponendas exceptiones dilatorias durare ad tempus a se statutum, et eo lapso litem contestatam esse, ut proin postea secundum juris principia exceptiones dilatoriae opponi nequeant.

27

Dub. 4. an etiam peremptoriis exceptionibus judex certum terminum assignare possit, ita, ut eo lapso, tales exceptiones non amplius audiantur? Negat gloss. *in c. 4. hoc tit V. dilatoriae*; nam exceptiones peremptoriae opponi possunt etiam post contestatam litem, donec in causa conclusum sit, adeoque quandocumque ante sententiam, ut dictum est *n.* 23. atqui, ut habet *regul.* 17. *cit.* indultum a jure beneficium non est auferendum. Accedit, quia hic de gravi praejudicio agitur, si ab exceptionibus peremptoriis, seu ad causae meritum pertinentibus, quispiam excludatur. Hae rationes ostendunt, quod judex non tam facile, et non nisi praemissa causae cognitione, peremptoriis exceptionibus terminum possit statuere, non autem probant potestatem hanc eidem omnino denegandi.

Hinc rectius cum Dyno, *in regul. cit. n.* 13. Layman *in cap. 4. hoc tit. n.* 2. Pirhing *hic n.* 31. distinguitur: vel enim judex ter-

minum exceptionibus peremptoriis praefixit cum causae cognitione, vel sine illa. *Si primum*, non potest reus post tempus a judice praefixum exceptiones peremptorias proponere; *argum. l. qui pro tribunali* 2. *ff. de re judic.* *Si secundum*, etiam post illud tempus elapsum proponere exceptiones peremptorias potest; quia cum agatur de praejudicio gravi, siquis excludatur a peremptoriis exceptionibus proponendis, ut recte additum est in ratione dubitandi, hinc fit, ut reus hoc suo jure sine justa causa a judice privari nequeat.

Multo magis exceptiones hae peremptoriae proponi possunt, non obstante termino a jure praefixo, si postea primum ortae, vel cognitae sint, aut si facultas illas opponendi, vel probandi primum data sit post lapsum terminum: idque propter gravius periculum, et praejudicium, si parti denegentur; Abb. *in cap.* 4. *in tit. n.* 8. *et* 9.

28

Quaeritur 3. quomodo exceptiones opponi debeant, ut vim habeant perimendi, vel differendi actionem, aut intentionem actoris? Imprimis certum est, quod omnis exceptio, sive dilatoria, sive peremptoria illa sit, etiam, quae ex actis notoria est, allegari, opponique debeat; si enim a parte non opponitur, judex exceptionem ex actis notoriam attendere, et sic supplere non potest, sed non obstante exceptione non opposita, reum condemnabit. Ita Bartol. *in l.* 1. *ff. hoc tit. n.* 10. *et in l. si unus* §. *pactus*, *ne peteret ff. de pact. n.* 18. Hiltrop. *p.* 2. *tit.* 12. *n.* 2. Ratio est, quia tacens in judicio consentire videtur, et qui in eodem non opponit jus sibi competens, illud censetur remittere.

Excipitur 1. Exceptio excommunicationis; nam si hanc reus non opponat contra actorem excommunicatum non toleratum, ipse judex eundem repellet ex officio, ut recte notat Vivian. *in cap.* 12. *h. tit.* quia judex curare debet, ut peccata evitentur *c. novit.* 13. *de jud.* et disquirere debet, an actor sit habilis, vel inhabilis, ne judicium suum frustratorium fiat; *can. quaerendam* 18. *caus. quaest.* 7. *et l. quos prohibet* 7. *ff. de postuland.*

Excipiuntur 2. omnes illae exceptiones, quae ipso jure elidunt actionem, quando reus ipso jure tutus est, ut sunt exceptiones solutionis, novationis, delegationis, praescriptionis; has enim, et similes, si ex actis notoriae sint, etiamsi a parte non opponantur, judex in judicando attendere debet, ut notat Hiltrop. *l. cit.*

29

Dub. 1. qua forma, et ordine proponi exceptiones debeant? Resp. Hodie proponi possunt quibuscumque verbis, scripto, vel absque scripto viva voce, modo ad acta redigantur; Hiltrop. *tit.* 12. *cit. n.* 26. Excipitur, nisi exceptio proponatur per modum actionis,

ut in exceptione non numeratae pecuniae, quo casu rectius proponitur in scriptis. *Forma* eas opponendi consistit in hoc, ut expresse, et determinate oppositio illarum fiat, atque ita, ut jus, et causa excipiendi inde constare possit; *arg. lib. itaque* 48. *de ff. procurat.* Hiltrop. *loc. cit. num.* 27.

Inter exceptiones dilatorias, quando plures competunt, Pax Jordan. *tit.* 25. *n.* 21. hunc dicit servandum ordinem. 1. proponenda est exceptio, quae impugnat jurisdictionem, ut puta: *Tu non es meus judex; quia ego sum clericus.* 2. illa, quae respicit personam judicis, ut quia suspectus, infamis, servus est, licet quoad suspicionem tutius sit illam ante omnia proponi. 3. excipiendum contra rescriptum; quia per obreptionem, subreptionem etc. extortum: 4. contra personam actoris, vel procuratoris. 5. quae ratione ipsius rei, causae, loci, vel libelli competunt, et sic de reliquis.

30

Dub. 2. an plures simul exceptiones a reo opponi possint? Videtur non posse; nam reus exceptione fit actor; *l. in exceptionibus* 19. *princip. ff. de probat. et agere* 1. *ff. hoc tit.* atqui actor non potest simul plures actiones proponere, sed unam de pluribus debet eligere; *l. nemo* 43. §. *quoties* 1. *ff. de R. J.* ergo nec reus potest simul opponere plures exceptiones.

Sed respondendum est affirmative: verumque hoc est, non tantum, ut una opponi possit post alteram, sed etiam, ut allegari possint plures simul; Hiltrop. *p.* 2. *tit.* 12. *n.* 14. Perez *C. hoc tit. n.* 28. Vvesenbech *ff. eod. n.* 10. Haub. *tom.* 5. *tr.* 3. *n.* 322. Zoes. *hic n.* 8. Pirh. *n.* 48. Konig *n.* 25. Vviest. *n.* 28. et sumitur ex *cap. nullus* 20. *de R. J. in* 6. *l. is qui* 5. *et l. nemo* 8. *ff. hoc tit.* Ratio est, quia exceptiones aliud non sunt, nisi defensiones; pluribus autem defensionibus uti quis non prohibetur, ut habent jura *citt.* Potest igitur post exceptionem jurisjurandi recurri ad exceptionem rei judicatae, post allegationem privilegii subsidium peti ab exceptione praescriptionis, et qui excipiendo de homicidio a se negato succubuit, dein opponere, quod ad defensionem sui cum moderamine inculpatae tutelae hoc fecerit. Vel si malit, potest omnes has, et quascumque sibi competere exceptiones putaverit, simul, et una scriptura conjunctas opponere. Et ita teste Hiltrop. *n.* 84. faciendum est juxta *ordin. camer. part.* 2. *tit.* 4. §. *hette dann, et titul.* 5. §. *solche*, ubi statuitur, ut omnes dilatoriae simul uno scripto allegentur, adeo, ut siqua omissa fuerit, et litigans eam vellet opponere, non audiatur: et hoc ideo, ne per ejusmodi controversias, et disputationes, quae merita causae non concernunt, lites nimium protrahantur. Porro plurium aut simul, aut successive propositarum exceptionum haec est utilitas,

ut si in unius exceptionis probatione reus defecerit, transire possit ad probationem alterius exceptionis.

Ad rationem dubitandi nego paritatem inter actorem, et reum; nam ut ex *supra cit.* juribus constat, plus permittitur reo, quam actori, eique plus permittendi ratio fuit, quia actor sponte, et paratus ad judicium venit, et hic, qua potissimum actione uti velit, deliberare potuit, atque statuere; reus vero in judicium invitus trahitur, et imparatus, ut proinde misera, et in casum prona foret ejus conditio, si non nisi una defensione uti posset.

31

Dub. 3. an contrariis etiam exceptionibus simul, et semel uti liceat? *Ratio dubitandi* esse potest; quia qui contraria, seu quae simul vera esse non possunt, in judicio proponit, audiendus non est, sed tanquam fallax, et mendax repelli debet, et condemnari; *arg. l. si quadrupes* 1. §. *interdum* 15. *ff. si quadrup. pauper.* ergo neque is, qui exceptiones contrarias, seu quae simul consistere nequeunt, in judicio proponit, audiri debet.

Tenenda tamen est affirmativa sententia, modo hujusmodi exceptiones contrariae alternative proponantur. Exemplum sit: Titius petit a Cajo solutionem mutui, quod ait se dedisse Cajo, Cajus vero excipit dicendo se mutuum non accepisse, vel si numerata est pecunia, a se illam jam solutam. Item parochianus a suo parocho interpellatur de solvendis decimis; ille autem excipit opponendo se habere privilegium, vel si ostendatur, quod privilegium nullum habeat, praescripsisse se libertatem a debito solvendi decimas: in utroque casu contrariae allegantur exceptiones; in primo quidem exceptio non numerate pecuniae cum exceptione solutionis praestitae, in secundo autem exceptio privilegii cum exceptione praescriptionis: quod recte fit, ut probat rationis identitas, et docent DD. *n. praeced. cit.*

Neque obstat allata ratio dubitandi; nam dum reus conventus oppositas exceptiones affert, non asserit idcirco utramque veram esse; nam, qui excipit, non propterea fatetur, ut ait gloss. *in c.* 1. *V. asseculi de test. in* 6. sed tantum affirmat se defensurum de utrolibet, ut si succumbat in uno, obtinere possit in altero.

32

Dub. 4. an, quomodo, et quando probari debeant exceptiones a reo oppositae? Resp. Quod probari a reo exceptiones debeant, clarum est ex *l. in exceptionibus* 19. *princip. ff. de probat. et l. agere* 1. *junct. l. seq. ff. h. tit.* debet autem exceptio probari plene, et perfecte in sua specie, et forma; alias effectum suum non consequetur, neque elidet, vel differet actionem, seu intentionem actoris.

Dilatoriae exceptiones probari debent regulariter loquendo ante contestationem litis, sicut etiam ante illam opponi debent. Hinc ad judicis officium pertinet, ut probationes super his recipiat, et tum demum ad examen principalis negotii accedat, quando per sententiam interlocutoriam super dictis exceptionibus pronuntiavit; *c. exhibita* 19. *et ibi* DD. *de judic.* quod ita verum est, ut si judex contra fecerit, recte appelletur, et in irritum revocetur, quidquid post appellationem in causa attentatum fuerit; ordo enim juris exigit, ut de harum exceptionum veritate constet; et pronuntietur, antequam judex ad ulteriora procedat.

33

Neque obstat *l. in exceptionibus cit. ibi*: *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet*; nam dicendum textum hunc esse mendosum, et pro *dilatoriam* legendum *peremptoria*, ut proinde non differat a *l. praescriptum* 8. *C. hoc tit.* Ratio est, quia si non est necesse exceptionem dilatoriam probari ante contestationem litis, ineptissime dicerentur *dilatoriae*; neque enim differrent judicium, sed solum sententiam. Vel siquis refugiat hanc juris correctionem, dicere cum aliis potest ibi sermonem esse de exceptionibus dilatoriis, quae sunt intentionis, et facti, nempe quae ad merita causae pertinent: unde etiam post contestationem litis admittuntur. Aliter disserendum de exceptionibus dilatoriis, quae concernunt personas in judicio intervenientes, veluti si opponatur contra judicem, quod non habeat jurisdictionem; contra actorem, quod non habeat personam in judicio; contra procuratorem, quod non sit instructus mandato, saltem non sufficienti etc. istas enim initio litis ante ejusdem contestationem probandas regulariter ratio allata probat: *regulariter*, inquam; nam casibus, quibus post contestationem litis licet opponere exceptiones dilatorias, iisdem etiam licet oppositas probare. Vide quae de hoc textu Vviest. *hic n.* 13. et alii ab hoc *cit.*

§. III.

Quaedam alia quaesita de exceptionibus.

SUMMARIUM

34

Quaeritur 1. quis sit *finis, et effectus* exceptionis? Resp. *Finem* indicat imperator *princ. inst. hoc tit.* ubi, *comparatae*, inquit, *sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio qua actor experitur, justa sit,* (in suo genere) *tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur* propter circumstantias facti, quod in actionem specialiter deducitur.

Effectus exceptionis 1. est, quod reus excipiendo fiat actor: quod tamen, ut *n.* 1. dixi, solum est intelligendum quoad onus probandi exceptionem, non vero quoad alia. 2. si probata exceptio fuerit, excludit id, quod in intentionem, condemnationemve deductum est; *l. exceptio 2. princip. ff. hoc ti.*. 3. si dilatoria sit, absolvitur reus ab observatione judicii; si peremptoria, definitive ab instituta actione. 4. quod peculiare est exceptioni peremptoriae, ex hujusmodi sententia, in favorem rei lata, oritur exceptio rei judicatae, quae semper removet actorem, etiam imposterum agere volentem.

Quodsi reus in probatione exceptionis defecerit, non idcirco actor obtinebit, sed probare intentionem suam debebit, ut obtineat. Ratio est, quia non ex rei exceptionibus, sed ex actoris probationibus ferri debet sententia in causa principali.

Dices: non est melior probatio, quam confessio propria: ponamus igitur Cajum, conventum a Titio ex mutuo, excipiendo dicere se jam solvisse: hoc casu mutuum confessus videtur Cajus; igitur nisi solutionem a se factam probaverit, causam ex propria confessione debebit perdere. Resolutio hujus replicae pendet ex resolutione dubii, de quo

35

Quaeritur 2. an reus excipiens contra intentionem adversarii eam censeatur fateri? *Ratio dubitandi est*, quia qui unum confitetur, censetur confiteri id, quod ex eo necessario sequitur, atqui ex solutionis exceptione in casu posito necessario sequitur fuisse contractum debitum: ergo etc. *conf.* triplici textu juris. 1. *c. praeterea* 10. *de transact.* ubi per exceptionem initae transactionis super jurisdictione certae capellae, per quam se monachi liberatos esse asserebant a subjectione, intentio episcopi actoris contra monachos fundata est, et exceptio illa accepta pro confessione, quod antecedenter subjecti fuerint. 2. *c. venerabilem* 34. *v. fuit*, *quoque de elect.* ubi qui allegavit se jam absolutum esse a censura, censetur fateri se fuisse excommunicatum. 3. *cum olim* 19. *de censib.* ubi, qui instrumentum aliquod producit in suum favorem, nequit id amplius impugnare.

36

Sed his non obstantibus, respondendum est negative. Ita Hiltrop. *p.* 2. *tit.* 12. *n.* 24. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 23. *n.* 105. Vvesenb. *ff. h. tit. n.* 11. Vivian. *in c.* 6. *eod.* Hner. Canis. *ibidem n.* 2. Laym. *n.* 6. Barb. *n.* 1. *el* 2. Vvagn. *in exeges. ibid.* Pirh.*n.*45. Vviest. *n.* 32. et patet per claros testus *c. excep.* 63. *de R J. in* 6. *cap. cum venerabilis* 6. *h. t. et l. non utique* 9. *ff. eod.* Ratio est, quia exceptio non alia mente objicitur quam ut elidat intentionem actoris; igitur non potest eandem intentionem actoris fundare tanquam confessio propria; sic enim operaretur simul duos effectus contrarios, quod fieri nequit. *Conf.* 1. Actus agentium non operantur ultra intentionem illorum; *l. non omnis* 19. *ff. de reb. credit.* igitur cum intentio rei excipientis sit actionem elidere, non potest habere vim confessionis; et eandem actionem firmare. *Conf.* 2. Reus, hoc ipso, quod actore non probante, etsi ipse nihil praestiterit, absolvendus sit, exceptionem opponens, id facere, et ad oppositam probandam se obligare censetur solum ea conditione, si actor intentionem suam antecedenter probaverit: igitur posito, quod iste eam non probet, neque reus exceptionem probare tenebitur, et defectus probationis eidem non oberit.

Quod dictum est de exceptione rei, intelligendum similiter de replicatione actoris, ut tradit glos. *fin. in reg. exceptionem cit.* Re-

plicationis enim eadem, quae exceptionis natura est; *l. non exceptionibus* 10. *C. h. t.* unde sicut exceptio ex parte rei conventi non inducit confessionem, ita nec replicatio ex parte actoris: et sic dicendum de triplicatione, quadruplicatione etc.

37

Ad rationem dubitandi non sequitur: *solvi, ergo debui*; nam per errorem solvi etiam indebitum potest. Aliud foret, si reus expresse fateretur debitum, et dicat annectendo exceptionem, *fateor debitum, sed solvi, vel tu pactus es mihi de eo non solvendo*: nam hoc casu, si reus non probet exceptionem, habebitur pro confesso, et condemnabitur: et ratio est; quia confessio est separata ab exceptione. Igitur actor rejecta exceptione, quam reus probare non potuit, recte se fundat in pura, et absoluta ejus confessione. *Ad conf.* textus ibi allegati non obstaut. *Ad* 1. ibi sermo est de confessione rei, ex qua intentio adversarii plene probatur; talis autem non est omnis exceptio, quae si prudenter, et caute proponere eam reus velit, opponitur solum sub conditione, v. g. *Nego me tuum a te accepisse, et posito, quod acceperim, tibi illud jam solvi, vel tu mecum pactus es de debito non petendo. Ad* 2. is, de quo *c. venerabilem cit.* sermo est, petiit absolvi ab excommunicatione; unde merito praesumebatur prius fuisse ligatus eo vinculo. Hinc disparitas est inter eum qui petiit absolvi ab excommunicatione, et inter eum, qui opposuit exceptionem absolutionis ab illa: prior pro confesso habetur, quia absolutio non solet peti, nisi ab eo qui illam incurrit; non posterior quia saepe ad cautelam absolvuntur ab excommunicatione, etiam qui illam non incurrerunt. *Ad* 3. producens instrumentum reprobare illud non potest, quia illud antecedenter jam approbavit, intentionem suam in eo fundando: non ita fundavit intentionem suam excipiens in agnitione debiti, sed exceptionem solutionis in eum finem objecit, ut si forte probaretur debitum, id ex allegata exceptione ostenderetur peremptum.

38

Quaeritur 3. an exceptiones reo competentes etiam prosint ejus haeredibus, et fidejussoribus? Dubiam quaestionis istius resolutionem faciunt duo textus juris in speciem contrarii: unus *l. defensiones* 11. *C. h. t.* ubi Diocletianus, et Maximianus imp. absolute, et illimitate inquiunt, *defensiones, sive exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis, integro manente statu, munitus est*; alter §. *fin. instit. de replicat.* ubi cum particula limitante *plerumque accomodari ---- fidejussoribus* dicuntur.

Concordari jura haec possunt distinguendo inter exceptiones mere personales, et inter reales, seu quae reorum, sive debitorum principalium personis ratione laesionis in re factae, competunt.

39

Posteriores, uti sunt rei judicatae, factae solutionis, pacti conventi de non petendo, jurisjurandi, metus, SC. Vellejani, Macedoniani etc. etiam fidejussoribus accomodantur; quia hujusmodi exceptiones videntur minuere, et quasi auferre ipsum debitum principale, sine quo fidejussio, tanquam accessoria, stare non potest; *l. fidejussor* 16. *pr. ff. de fidejuss. et l. cum principalis* 178. *ff. de R.J.*

Priores, ut sunt, quae patri, patrono, marito, donatori, socio, ultra, quam facere possunt, conventis competunt, fidejussoribus, et ipsis etiam haeredibus non prodesse communis sententia est teste P. Vviest. *hic n.* 39. Ratio est, quia exceptiones istae specialiter concessae sunt intuitu pietatis, reverentiae, indigentiae: et hinc ne privilegium mere personale personam ejus, cui concessum est, egrediatur, extra personam eorum, quos concernunt, ad haeredes, et fidejussores extendi illud non debet.

Neque inferas, hoc modo aut exceptiones hujusmodi personales debitori principali inutiles fore, aut fidejussorem versaturum in damno, si loco principalis debitoris conventus, totum debitum pro eo solvit: vel enim principalis debitor eo casu solvendo est, vel non est solvendo: *si primum*, fidejussor ab ipso petere pro ipso solutum poterit, et hic debebit solvere, sicque exceptio haec erit principali inutilis; *si secundum*, jacturam soluti patietur, et sic in damno versabitur. Resp. enim utrumque evitari, si fidejussor conventus super debito rei, personali exceptione muniti, petat, ut transferatur judicium in principalem vel huic denuntiet, ut veniens ex persona propria suscepto judicio exceptionem opponat; et ostendat sua interesse fidejussorem non condemnari. Vide Zoes. *ff. hic n.* 23. Perez *C. eod. n.* 25. Vvies. *n.* 40.

40

Quaeritur 3. Utrum admitti debeat, qui cum ipse habeat plura beneficia, excipit contra alium de pluralitate beneficiorum? *Ratio dubitandi est* 1. quia in pari delicto potius favendum est reo excipienti, quam actori replicanti; *l. apud Celsum* 4. §. *Marcellus* 13. *ff. de dol. mal. et met. except. et l. cum par.* 154. *ff. de R. J.* et hinc reus excommunicatus excipere potest adversus actorem excommunicatum, et auditur, non obstante replicatione actoris de alia, vel simili excommunicatione, ut dictum est *n.* 17. ergo pariter audiendus reus est excipiens de pluralitate beneficiorum, non obstante replicatione de simili pluralitate, 2. quando interest ecclesiae,

auditur in judicio, qui alias ab eo repellitur; *c. si quis* 6. *et ibi* glossa *V. prospexerint de reb. eccl. non alien.* sed valde interest ecclesiae, ne quis in ea plura obtineat beneficia; *can. singula* 1. *dist.* 89. ergo etc. 3. in causis beneficialibus, parte non opponente, potest judex, imo debet inquirere de criminibus, et impedimentis partium; *c. cum notis* 19. *de elect. et c. cum super* 4. *de caus. poss. et propr.* unde in similibus causis reus, actore non probante, non absolvitur, ut contingit in aliis judiciis temporalibus; *c. olim* 25. *de rescr.* igitur et in praesenti casu, etsi exceptio pluralitatis opposita non fuisset, judex super ea inquirere poterit.

41

Controversia haec dirimi ope distinctionis potest: vel enim iste excipit nomine proprio, vel nomine ecclesiae suae, et in ejus utilitatem. *Si primum*, non potest excipere contra alium de pluralitate beneficiorum, si ipsemet plura habeat, prout statuitur *c. cum ecclesiasticae* 3. *h. t.* et docent Vivian. *ibid. in ration.* Laym. *not. un.* Gonz. *n.* 2. Barb. *n.* 1. Zoes. *n.* 4. Pirh. *n.* 32. San. *c.* 3. *n.* 1. Ratio est; quia non debet quis in aliis reprobare, quod in seipso approbat, et tolerat, neque alii objicere impedimentum, vel defectum, qui simili defectu laborat ipse; gloss. *magn. ib. in cqs.* et quod quisque juris in alium statuit, eo et ipse uti debet; *c. cum omnes* 6. *de const.* Proceditque hoc, ut recte advertit Laym. *in c.* 3. *cit.* non tantum, cum quis obtinet plura beneficia incompatibilia, sed etiam cum obtinet plura compatibilia; nam textus universaliter loquitur, et si tantum de incompatibilibus ibi locutus fuisset pontifex, non permisisset illos canonicos, de quibus hic textus loquitur permanere in possessione hujusmodi beneficiorum sine dispensatione.

42

Si secundum, et excipiens de pluralitate beneficiorum opponat impedimentum istud nomine ecclesiae, et in ejus utilitatem, quia per pluralitatem ejusmodi beneficiorum in diversis ecclesiis impeditur continua residentia, in una, et cons. ecclesiastica officia in illa rite peragi nequeunt, excipiens, non obstante proprio vitio, praesertim si alii non adessent, qui se pro defensione ecclesiae vellent, aut possent opponere, super ejusmodi exceptione audiri debet, ut contra Abb. *in c.* 3. *cit. n.* 9. docent Imol. *ibid. n.* 3. *et* 4. Laym. *l. cit.* Barb. *in c.* 8. *h. t. n.* 1. Pirh. *hic n.* 33. Ratio est, quia delictum personae, ut *reg.* 76. *in* 6. dicitur, non debet nocere ecclesiae; et ad avertendum istius damnum quilibet admitti ad agendum, et excipiendum potest. Idem dici debet, si pro defensione ecclesiae fiat exceptio excommunicationis, perjurii etc. nam si excipiens per replicationem excommunicationis, vel perjurii repelli nequit, prout

sumitur ex *c. dilecti* 8. *h. t.* et docent Vivian *ibid. in ration.* Gonz. *n.* 3. Pirh. *n.* 34. et hoc multo magis; quia isti in defensionem proprii juris excipientes audiri debent: quanto igitur magis in favorem ecclesiae, ne eligatur, vel praeficiatur indignus?

43

Dixi autem: *alii si non adessent*; nam si alii adessent non excommunicati, non criminosi, vel simili vitio laborantes, qui se opponere vellent pro defensione ecclesiae, utique hi praeferendi forent, ut monet Pirh. *n.* 35. cum aliis. Addit Laym. *in c.* 8. *cit. fin.* si excommunicati tunc absolvi possint, absolutionem iis conferendam, priusquam admittantur; sin autem absolutionem obstinate petere, vel accipere renuant, ideoque in crimine perseverent, probabiliter mox repelli posse, cum non bono zelo ecclesiae suae defendendae procedere videantur.

Ad rationes dubitandi facilis est responsio. *Ad* 1. *D. M.* potius favendum est reo, quam actori, si reus repelli debeat ob inhabilitatem personae. *Conc.* si ob naturam judicii, ut hic fit. *Neg.* ostendi enim, non esse aequum, ut reus improbet in alio, quod in seipso non improbat. *Ad* 2. patet ex dictis, nomine ecclesiae exceptionem formari posse etiam ab eo, qui simili laborat vitio, de quo excipit. Neque obstat *reg.* 84. *in* 6. *cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia via non debet admitti;* quod videtur fieri in casu, quo is, qui prohibetur excipere suo nomine, admittitur ad excipiendum nomine ecclesiae; nam regula illa intelligi debet, nisi ratio aliqua suadeat oppositum, ut admittatur alia via, quod una prohibetur. *Ad* 3. ex eo, quod judex possit inquirere, non sequitur, quod reus possit opponere: nam judex optimo quoque modo debet prospicere ecclesiae.

44

Quaeritur 5. an exceptiones, in prima instantia omissae, opponi valeant in secunda? Affirmativam suadere videtur *l. per hanc divinam* 4. *C. de temp. appell.* ex qua regulae instar tradi solet, in secunda instantia allegari, et deduci posse omnia, quae allegata, et deducta non sunt in prima. *Conf. ex ratione*: quia causa appellationis sortitur naturam causae principalis; *l. quaeri* 1. *fin. ff. an per al. caus. appell.* atqui in causa principali omnes exceptiones dilatoriae opponi ante litem contestatam possunt secundum dicta *n.* 20. ergo etc.

45

Sed retinenda est negativa sententia, et dicendum regulariter in secunda instantia hujusmodi exceptiones opponi non posse ob clarum textum *l. ita demum* 13. *C. de procurat.* ubi exceptio inhabili-

tatis ad munus procuratoris, in prima instantia omissa, in secunda objecta militi, admissa non fuit. *Ratio est*, quia qui exceptionem dilatoriam contra personam judicis, actoris, procuratoris neglexit opponere, easdem approbasse, et juri ulterius contra eas opponendi renuntiasse censetur, ut bene P. Vviest. *hic n.* 23. Excipi debent exceptiones, quae non inhabilitatem personae, sed defectum, aut insufficientiam mandati in procuratorem concernunt; hae enim semper opponi possunt; *l. licet* 24. *C. de procurat.* Idem dicendum de casibus *n.* 21. et 22. relatis.

46

Ad l. per hanc divinam in contrarium allegatam dico, eam exaudiendam de iis solum exceptionibus, quas allegandi tempus in prima istantia lapsum non est; non vero de dilatoriis, quas opponendi tempus ordinarium est ante contestationem litis, ut dictum est *n.* 20. Hinc cadit etiam *confirmatio* sumpta ex ratione; cum enim litis contestatio in secunda instantia de jure necessaria non sit, sed ad illam extendatur, quae facta est in prima, hoc ipso, quod tempus opponendi exceptiones dilatorias transierit pro prima, etiam transiit pro secunda instantia. Vide *supra tit.* 5. *n.* 4. *v.* 2. *in causis appellationis.*

47

Quaeritur 6. quid requirâtur, ut opponi possit exceptio rei judicatae? Resp. Ut utiliter opponi possit, tria debent concurrere, 1. ut eadem res petatur, 2. ut eadem petendi causa, seu eadem quaestio subsit, 3. ut eadem conditio personarum concurrat; Vivian. *in c. adversario* 13. *hoc tit.* Gonzal. *ibid. n.* 7.

Si unum ex his deficiat, exceptio rei judicatae utiliter opponi non potest, sed reus iterum conveniri poterit. Hinc qui tantum ideo, quia rem non amplius possidet, absolutus fuit in judicio adversarii petitione, si is post latam sententiam iterum possidere, non obstante illa sententia, iterum pulsari a domino rei potest, ut statuitur *c. adversario cit.* et docet *ibid.* Vivian. *in ration.* Layman. *n.* 4. Gonzal. *n.* 5. Barbosa *n.* 1. Pirhing *n.* 36. *et seqq.* Ratio est, quia, cessavit causa, ob quam sententia absolutoria lata est; lata enim est quia cessavit rem possidere: at ponitur iterum possidere.

48

Quodsi autem exceptio rei judicatae tribus illis requisitis instructa sit, opponi poterit non tantum coram eo judice, a quo lata sententia est, sed etiam, si causa fuerit mixti fori, et sententia lata sit a judice ecclesiastico, opponi potest coram judice saeculari, et vicissim, ab eoque admitti debet, ut deciditur *c. fin. hoc tit. in* 6. et docent *ibid.* Vivian. *in ration.* Layman *n.* 1. Barbosa *n.* 1.

Vvagnereck *not.* 1. Pirhing *n.* 39. *et seqq.* Et universim sententia, lata a judice competente, inter easdem personas, et in eadem causa, quamvis diversi sit fori, et jurisdictionis, admitti etiam debet ab alio judice competente; Ancharan. *in c. fin. cit.* Franc. *ib. n.* 2. Pirbing *n.* 40. *hic.* Ratio est, quia per sententiam judicis jus acquisitum est parti, pro qua sententia lata est, quod jus alius judex laedere, vel auferre parti non potest. *Conf.* quia nisi unus judex servaret legitimam sententiam alterius, derogaretur jurisdictioni illius, eaque in contemptum deveniret, ut innuitur *c. fin. cit.*

49

Procedit hoc maxime casu, quo exceptio rei judicatae a judice saeculari proponitur coram judice ecclesiastico, et vicissim; nam etsi fora istorum, et jurisdictiones diversae sint, se invicem tamen adjuvare debent et mutuo jura sua defendere. Quodsi judex saecularis admittere exceptionem rei judicatae in foro ecclesiastico nolit, eum ad hoc judex ecclesiasticus cogere per censuras ecclesiasticas, admonitione praemissa, potest. Si vero judex ecclesiasticus admittere exceptionem rei judicatae in foro saeculari non velit, non a judice seculari, cum hic sit inferior judice ecclesiastico, sed per suos superiores cogi debet, ut illam admittat; *c. fin. cit. Excipitur*, nisi sententia lata a judice saeculari juncta sit cum periculo animae; tunc enim judex ecclesiasticus non debet admittere exceptionem rei judicatae per judicem saecularem; et hinc antequam judex ecclesiasticus exequatur sententiam judicis saecularis, prius cognoscere debet, an periculum animae ex ea nullum sequatur.

50

Quaeritur 7. quomodo sit exceptio excommunicationis facienda a reo? Resp. duobus modis opponi potest, peremptorie, et dilatorie. *Prioris* exemplum est quando opponitur ad effectum annullandi electionem, vel collationem beneficii factam excommunicato; *posterioris*, quando opponitur actori, quod in judicio stare non possit, quia majori excommunicatione ligatus est.

Porro circa modum exceptionem hanc opponendi, et effectum illius praeter supra dicta *a n.* 12. sequentia notanda sunt, 1. qui opponere eam vult, debet ipsius excommunicationis speciem et nomen excommunicatoris exprimere; eamque intra octo dies probare; alias judex procedet in causa, et excipientem in expensas condemnabit, ut habetur *c. pia* 1. *vers. siquis igitur hoc tit. in* 6. quod ita statutum est, ut fraudibus iretur obviam, et vitarentur dilationes.

51

2. Etsi prima vice exceptionem suam non probaverit, si tamen velit, potest secundo eandem opponere quam si probet adversus acto-

rem, hic excludetur ab agendo; *c. cit. vers. si vero.* Ratio est, quia esse potest, ut post octo dies illos nova probationis copia reo praesentetur; quo casu tamen, quae prius acta sunt, valebunt; quia *factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, a quo non potuit inchoari*, ut dicitur *reg.* 73. *in* 6.

3. Ultra duas vices haec exceptio opponi non potest, praeterquam si excommunicatio nova emerserit, vel de antiqua probatio prompta, et evidens supervenerit; *c. cit. v. proviso.* Ratio est, quia qui toties objicit exceptionem criminis, neque eandem sufficienter probat, praesumitur malitiosus calumniator, et litis indebitus prolongator; *c. licet* 3. *de test. et l. fin. ff. de dilation.*

4. Si post rem judicatam exceptio excommunicationis opponatur, etsi sententia prius lata manet valida ex *reg.* 73. *cit.* illius tamen executio impeditur; *c. citat. vers. sed si post.* Ratio est, quia executio sententiae est species quaedam actionis, quae oritur ex judicato; igitur cum excommunicatus prohibeatur actiones intentare, exceptio excommunicationis impediet, ne judex exequi possit a se latam in favorem actoris excommunicati.

52

Quaeritur 8. an testis, si exceptio criminis contra illum probata sit, puniri de illo crimine in judicio possit? Resp. distinguendo: Vel enim crimen illud, de quo excipitur contra testem, tangit negotium principale, vel non tangit. *Si hoc secundum*, non potest de eo crimine puniri testis ex eo praecise, quod contra ipsum sit probata exceptio criminis, ut bene Virian. *in c.* 1. *hoc tit. v. sed de crimine,* Layman *ibid. n.* 3. Barbosa *n.* 1. *et seqq.* Ratio est, quia quando adversus testem crimen objicitur per modum exceptionis, regulariter non agitur ad hoc, ut ipse de illo puniatur, sed ut ei non credatur: igitur sufficit illum repelli a testimonio dicendo. *Conf.* quia cum judex procedit ad petitionem actoris, non potest condemnare ultra id, quod actor petiit in libello. Actor autem non petit puniri testem, sed tantum arceri a testimonio; quia non illum, sed adversarium accusat: ergo.

Si primum, major est controversia. Barbosa *loc. cit. n.* 4. vult ejusmodi testem neque extraordinaria poena puniendum, etsi crimen, de quo confessus est, vel convictus, causam principaliter contingat. *Rationem dat*, quia sine judicio instituto nulla potest infligi poena; sed quando per meram exceptionem crimen aliquod testificanti opponitur in illo judicio, in quo de causa testimonium dixit, quantumcunque crimen illud probetur etiam per confessionem illius, cui objicitur, dum aliud non proponitur, nullum judicium contra eum institutum dicitur; ergo etc.

Sed contrarium videtur colligi *arg. l. ex lege 2. §. si publica 5. et §. seq. ff. ad leg. jul. de adult.* ubi dicitur, si mulier viro de adulterio ipsam accusanti objiciat crimen lenocinii, licet mulier de hoc non excusetur a poena legis, maritum tamen ob lenocinium puniri posse. Eadem autem videtur ratio esse de teste, quae de accusatore.

Neque obstat ratio opposita in contrarium; nam cum de connexis sit eadem ratio, etiam idem debet esse judicium; igitur testis ejusmodi non debet recedere a judicio impunitus; quod maxime verum est, si crimen causae connexum sponte confiteatur.

TITULUS XXVI.

De praescriptionibus.

Praescriptionis nomen in jure dupliciter sumitur, 1. *late et generaliter*, prout idem est, ac exceptio, de qua *tit. praec.* et patet ex *ff. et C. de except. et praescript.* 2. *stricte, et specialiter* pro exceptione peremptoria, per quam bonae fidei possessor post legitimi temporis decursum contra dominum, si hic rem suam pristinam repetat, aut pristino suo jure uti velit, excipit, et possessionem, certo tempore a legibus definito continuatam, opponendo repellit. Et in hoc sensu ad *tit.* praesentem spectat. Sit igitur

§. I.

De natura, varietate, et origine praescriptionis.

SUMMARIUM

1 *Definitio praescriptionis*
2 *Discrimen ab usucapione.*
3 *Varietas*
4 *Quo jure sit introducta?*
5 *Effectus ejusdem est acquisitio dominii.*
6 7 *Non tantum utilis, sed etiam directi.*
8 9 *Lex praescriptionis est justa.*
10 11 12 *Et prodest etiam in conscientia.*
13 14 15 16 *Ita, ut restituere rem praescriptam praescribens non teneatur.*
17 *Quis possit praescribere?*
18 *Quis non possit?*
19 *Contra quos praescribi non possit?*
20 *Exceptiones.*
21 22 *Renuntiari praescriptioni potest.*
23 *Requisita ad legitimam praescriptionem.*

1

Quaeritur 1. quid sit *praescriptio*; et quomodo ab *usucapione* differat? Resp. Est *adjectio*, sive *acquisitio dominii, vel quasi, aut alieni juris sive realis, sive personalis peremptio per continuationem possessionis, tempore, et modo a legibus, vel SS. canonibus definito.* Ita passim DD. assumentes definitionem usucapionis a Modestino; *l. usucapio* 3. *ff. de usucap. et usurpat.* traditam, eamque praescriptioni accommodantes; qui etiam passim has voces inter sese confundunt. Qui discrimen inter praescriptionem, et usucapionem moribus hodiernis concedunt aliquod, non aliud agnoscunt, quam quale

est generis a specie, quod *usucapio* proprie tantum res corporales, *praescriptio* autem praeter has etiam incorporales afficiat. Ex quo nascitur discrimen alterum, quod usucapio sine possessione, ut etymon nominis ipsummet demonstrat, non procedat; ita procedat autem non raro praescriptio, si scilicet tendat ad res incorporales, quarum non datur vera, sed tantum quasi possessio.

2

Si tamen magis propria, et primaria istorum nominum significatio attendatur, usucapio a praescriptione distinguitur, sicut causa ab effectu; quia *usucapio* est ipsa dominii per continuationem possessionis legitimam acquisitio; *praescriptio* vero est exceptio, quae priori domino rem suam reposcenti opponitur, et ideo opponenti competit, quia ex pristina possessione dominium illius acquisivit. Bene autem notandus est modus loquendi diversus, cum aliquid praescriptione acquiritur, et cum per eam jus alterius extinguitur, nam cum jus alterius extinctum esse significare volumus, solemus loqui in dativo, scilicet *praescriptum est obligationi, juri, vel actioni;* si autem de acquisitione sermo sit, utimur nominativo, vel accusativo v. g. *Praescripta est servitus, vel praescripsi rem, jurisdictionem etc.*

3

Quaeritur 2. quotuplex sit praescriptio? Resp. Alia est ordinaria, seu longi temporis, alia extraordinaria, seu longissimi temporis, alia denique immemorialis. *Praescriptio ordinaria* est, quae completur tempore ordinario 10. aut 20. annorum. *Extraordinaria*, quae perficitur tempore extraordinario, videlicet 30. aut 40. annorum. *Immemorialis* denique illa dicitur quando possessio tamdiu duravit, ut initium ejus hominum memoriam excedat.

Quantum temporis ad hanc ultimam requiratur, determinate dici non potest; certum enim est, non semper sufficere tempus annorum 100. quia possent esse aliqui ultra 100. annos, et contrarii meminisse; item certum est, non universim requiri 100. annos; quia constat impositiones, quas nobiles a subditis suis accipiunt, longe minoris esse temporis, quae tamen dicuntur esse temporis immemorialis. In genere igitur, ut aliqua praescriptio dici immemorialis possit, requiritur tale tempus, ut dici possit initium illius hominum memoriam excedere. Ubi iterum notandum est non obesse, quin adhuc dici immemorialis praescriptio possit, etsi constet possessionem aliquam non fuisse ante longissima quaedam tempora ut 200. 600. aut 1000. annorum: sed adhuc manebit immemorialis possessio, modo initium illius memoriam senum, qui modo sunt, etiam ex auditu, et traditione antecessorum suorum excedat: pro exemplo Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 76. *n.* 3. adducit majoratus in Hispania, quos om-

nes, aut fere omnes constat coepisse post tempora principis Pelagii, qui Hispanias a saracenis primus coepit vindicare, et tamen praescriptio illorum immemorialis dicitur.

4

Quaeritur 3. quo jure et quam ob causam praescriptio sit introducta? Resp. Introducta est primum jure civili, dein approbata per jus canonicum. Priumum patet *princ. inst. de usucap.* et indicatur etiam *leg. traditionibus* 20. *C. de pact. l. omnes* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* alterum constat ex toto hoc *tit.*, et subjectis huic testibus. Causae, et motiva introducendi praescriptionem potissima fuerunt, 1. ne passim longo tempore dominia rerum confusa, et incerta essent; *l. bono* 1. *ff. de usurp. et usucap.* 2. ut lites facilius terminarentur; *l. fin. ff. pro suo:* quae pene immortales fierent, si post quanticunque temporis possessionem a possessoribus bonae fidei rem suam domini possent repetere, 3. Ne possessores continuo timore rem amittendi tenerentur; *l. cum notissimi* 7. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annorum;* unde fieret, ut fundos possessos nemo auderet colere, vel si coleret aliquis, negligenter eosdem coleret, timens, ne non sibi, sed aliis laboraret, 4. ut hac ratione excitetur hominum desidia, et ipsa ad sua jura prosequenda, et curandas res suas efficerentur cautiores, dum vident negligentiam puniri ademptione dominii; *cap. vigilanti* 5. *hoc tit. et l. ut perfectius* 2. *C. de annal. except.* patet igitur ex omnibus his causis praescriptionem inductam ob bonum publicum, nec enim leviter ad hoc inservit, siquis sciat, quid suo sit sub dominio, si quod sub dominio suo habet, diligenter custodiat, si lites non nimium multiplicentur, et quae ortae sunt, non immortales sint etc.

5

Quaeritur 4. quis sit effectus praescriptionis? Resp. hoc desumendum ex objecto ejusdem, et distinguendum, an praescriptio fiat ita, ut praescribatur, obligationi, juri, vel actioni, an vero ita, ut praescribatur ipsa res, jus servitus etc. *Si primum*, beneficio praescriptionis acquiritur praescribenti libertas ab obligatione, servitute etc. *Si secundum,* acquiritur eidem dominium vel quasi; haec extra dubium sunt.

Disceptatur inter DD. quale dominium consequatur praescribens, an utile solum, an vero etiam directum? Et quamvis facile concedant omnes praescriptione acquiri plenum dominium rerum mobilium, in immobilibus tamen distinguunt inter dominium directum, et utile, et primum quidem praescriptione acquiri negant, concedunt de posteriore. Ita glossa *in l. traditionibus C. de pact. et auth. nisi tricennali c. de bon. matern.* Bartol. *ibidem* Bald. *de praescript.* 2. *part.* 3.

41 *

partis princ. qu. 2. Abb. *in rub. hoc tit. num.* 4. Felin. *ibidem num.* 3. et alii plures, Caevallos quos refert *in op. comm. contr. commun. qu.* 252. et Covar. *reg. possessor part.* 3. *princ. de R. J. in* 6. Moventur 1. textu *l. si duo* 13. §. *Julianus* 1. *ff. de jurejurand.* ubi Ulpianus, *Julianus,* inquit, *ait eum, qui juravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.* Quia res mobiles facilius, ac firmius acquiruntur; *l. possideri* 3. §. *Nerva filius* 13. *ff. de acquir. vel amit. poss.* Quia praescriptio est actionis exceptio. Igitur supponit illum contra quem fit exceptio, habere jus agendi, quod exceptio vult elidere. Sed hoc jus nequit esse utile; hoc enim omnium confessione possessori competit. Ergo est jus directum et cons. jus directum ad possessorem non transit.

6

Sed verior est sententia, quae affirmat utrumque jus acquiri a praescribente, utile, et directum. Ita Decius *in l. traditionibus cit. C. de pact.* Covar. *loc. cit. a n.* 2. Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 70. *in fin.* Molin. *tract.* 2. *D.* 61. *circa fin.* Les. *lib.* 2. *de just. cap.* 6. *n.* 51. Palao *tr.* 31. *D. un. par.* 22. §. 2. *n.* 6. Haun. *to.* 1. *tr.* 5. *n.* 168. *et seq.* Vvag. *in rubr. h. t. not.* 3. Pirh. *hic n.* 6. et alii plures apud Caevallos *l. cit.* ubi addit ab hac opinione non recedendum in judicando, et consulendo. *Ratio est*; quia lex humana ex justa causa potest transferre dominium, non tantum utile, sed etiam directum; prout facile concedunt DD. et hoc fecisse in praesenti casu satis clare colligitur 1. ex pluribus juris utriusque textibus praesertim *can. clerici* 11. *caus.* 16. *q.* 3. *l. usucapio* 3. *ff. de usurp. et usucap. l. acquiruntur* 10. §. *non solum* 2. *ff. de acquir. rer. dom.* ubi dicitur praescriptione acquiri dominium, neque distinguitur inter dominium utile, et directum, inter quae utique leges istae fecissent discrimen, si voluissent in praescribentem transferri tantum dominium utile. 2. Quia in dubio potentior significatio est assumenda, et ea, quae magis est propria; *arg. cap. siquem* 59. *de sent. excomm. l. quaeritur* 10. *ff. de stat. hom. l. domum* 57. *ff. de contr. emp.* atqui appellatione dominii potius dominium directum, utpote praecipuum, venit, quam utile; *l. agri* 1. §. *qui in perpetuum* 1. *ff. si aget vectig. vel emphyteuticar. petat.* ergo etc. 3. Quia alias finis intentus non obtineretur; neque enim lites ita sopitae essent, ut non facile resuscitari possent.

7

Argumenta in contrarium allata nullius sunt ponderis. Ad 1. constat clare ex textu sermonem ibi esse non de rei vindicatione, quae convenit ratione praescriptionis,, sed de actione, quae convenit ratione praestiti juramenti, quae est actio in factum. Accedit; quia

in jure non est infrequens actionem utilem nominari, non prout opponitur directae, sed prout idem est, ac efficax actio; et ita sumitur *l. si cui* 1. §. *ult. in fin. ff. de aq. pluv. arcend. et l. siquis diuturno* 10. *princ. ff. si servit. vindic. Ad* 2. etsi ratio illa legislatorem potuisset inducere ad distinguendum in hoc dominium directum ab utili; non tamen movit, sed contentus fuit discrimine temporis, quo praescriptio mobilium completur, quod brevius est, quam immobilium. *Ad* 3. exceptio praescriptionis est exceptio solum facti, non juris; neque enim antiquus dominus verum jus agendi habet, cum exceptione succumbat; sed si agat, solum quoad apparentiam videtur actionem habere.

8

Quaeritur 5. an justa sit lex civilis per praesumptionem dominium transferens a domino rei ad non dominum, ejusdem? Videtur non esse justa; nam 1. videtur pugnare cum jure gentium; dominium enim singulorum descendit a jure gentium; *l. ex hoc jure* 5. *ff. de J. et J.* at jus civile non potest tollere jus gentium; §. *sed naturalia* 11. *inst. de J. N. G. et C.* ergo etc. 2. Alienum est a jure naturali aliquem privari re sua absque ejusdem culpa. Hoc fit per praescriptionem; ergo etc. 3. Ipse imperator injustitiam ejus agnovit, dum praescriptionem appellat *impium praesidium, et improbam temporis allegationem*, ut habetur *novell.* 9. *princ. vers. habeat.* 4. *Id, quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest*, ut habet *reg.* 11. *ff. de R. J.* ita fieret, si praescriptio transferre posset dominium, domino ignorante, aut alia ex causa impedito, ne rem suam persequi possit. 5. *Locupletari non debet aliquis cum alterius injuria, vel jactura*, ut dicitur *reg.* 48. *in* 6. et concordat *reg.* 206. hoc fit, si usucapiens dominium alienae rei acquirat; ergo etc. 6. Tempus non est modus introducendae, vel tollendae obligationis; *l. obligationum* 44. §. *circa diem* 1. *ff. de O. et A.* praescriptio autem omnem vim habet ex cursu temporis; ergo etc.

Sed his non obstantibus, justissime latam esse legem civilem de praescriptionibus constat ex rationibus allatis *n.* 4.

9

Ad rationes oppositas non est difficilis solutio. *Ad* 1. jus gentium, quod dictat nemini auferendam rem suam, etiam dictat, ut pareamus reip. adeoque etiam legi, quae praescriptionem induxit ob bonum publicum. *Ad* 2. alienum est a jure naturali aliquem absque sua culpa privari re sua, si privatio poenalis sit, conceditur; si legalis sit ob bonum publicum introducta, negatur. *Ad* 3. putant aliqui constitutionem istam esse suppositiliam; sed non est hue neces-

sario deveniendum; quia imp. loquitur de illis temporibus , quibus alioquin currebat praescriptio etiam cum mala fide. *Ad* 4. Regula illa locum non habet in iis, quae vi, ac potestate legis fiunt. Accedit, quia ex praesumptione juris consensisse censetur in talem translationem, qui tanto tempore negligit rem suam persequi, ut colligitur ex *l. alienationis* 28. *ff. de V. S.* Neque refert, quod praescriptio subinde compleatur ignorante pristino domino; nam eo casu consensum, et scientiam domini supplet resp. ob bonum publicum dominium in possessorem transferens. *Ad* 5. Principium illud intelligendum est de locupletatione injusta , non de ea , quae legis authoritate, et ex justa, ac publica causa fit; nam ob publicam causam lex cum sit domina rerum, potest uni dominium auferre, et illud transferre in alterum; unde de injuria prior dominus non potest conqueri, sed sibi imputare debet, quod intra statutum tempus rem suam inquirere, et a possessore recuperare neglexerit. *Ad* 6. Praescriptio non habet vim transferendi dominium ex solo cursu temporis, sed ex possessione continuata per tempus lege definitum cum justo titulo, et bona fide.

10

Quaeritur 6. an lex praescriptionis etiam prosit in foro conscientiae? Negant Jo. Andr. *in reg. posses.* 2. *in* 6. Alciat *in l. quinque pedum princ. C. fin. regund.* Rosel. *summ. V. praescriptio,* et alii apud gloss. *in cap. vigilanti* 5. *V. noverit. h. t.* et Covar. *in reg. poss. cit. part.* 3. §. 2. *n.* 1. quibus ex parte consentiunt Adrian. *in* 4. *de rest. quae de praescript.* §. *mihi autem.* Medin. *C. de rest. quaes.* 16. *et* 18. juxta quos ad valorem praescriptionis requiritur negligentia domini in repetenda re sua a bonae fidei possessore. Fundantur 1. *cap. vigilanti cit.* ubi indicatur praescriptionem introductam esse in poenam negligentiae, et desidiae prioris domini. Ergo saltem, si prior dominus negligentiam, et desidiam nullam commisit, per praescriptionem re sua non privabitur, 2. cum ignorantia nemo censetur suum jactare; *l. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* imo ignorantia aequiparatur impedito; *l. male agitur* 2. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* sed contra impeditum agere non currit praescriptio; *l. super* 1. §. *fin. C. de annal. except.* 3. Lex fundata in praesumptione, si falsa haec sit, in foro conscientiae locum non habet. Talis est lex praescriptionis; quia fundatur in negligentia prioris domini, qua iste persaepe caret , utpote ignorans rem suam esse, vel eam ab alio possideri.

11

Sed dicendum praescriptionis beneficium etiam prodesse pro foro conscientiae. Ita contra *cit.* et paucos alios antiquiores commu-

niter TT. et jurisconsulti omnes, nominatim glossa *V. noverit cit.* Sylv. *V. praescriptio* 1. *q.* 3. Molin, *de J. et J. tr.* 2. *D.* 61. *n.* 6. *et seq.* Less. *l.* 2. *de just. c.* 6. *a n.* 50. Laym. *l* 3. *theol. tr.* 1. *c.* 8. *n.* 3. Palao *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 2. *n.* 3. Vall. *hic* §. 4. *n.* 8. Zoes. *ibid. n.* 10. Pirh. *n.* 6. Konig *n.* 4. Vvies. *n.* 5. *et* 6. Ratio est, quia resp. ob dominium altum, quod ipsi in bona subditorum omnium confessione competit, potest, quando id bonum commune exigit, dominium illorum auferre pristinis dominis, atque illud transferre in alios. Atqui rationes. *n.* 4. allegatae probant esse de bono communi reip. per praescriptionem auferri dominium pristino domino, et illud transferri in possessorem: ergo potest ita transferre; sed si translatum est dominium in possessorem, iste eo ipso tutus est in conscientia; ergo etc.

12

Ad fundamenta adversae sententiae facilis est responsio. *Ad* 1. etsi praescriptio introducta sit ad vitandam dominorum segnitiem, non tamen haec est unica, et praecipua causa, sed ne lites multiplicentur, ne dominia maneant incerta etc. igitur etsi nulla intervenerit negligentia in pristino domino, modo stent reliquae rationes, beneficium praescriptionis non cessat. Deinde, etsi negligentia pristinorum dominorum esset unica, et principalis causa introducendae praescriptionis; quia tamen lex praescriptionis universalis est, et in finem universalem tendit, adhuc manet, etsi in casu aliquo particulari cesset ejusdem ratio. *Ad* 2. jam dixi *num.* 9. in ignorante consensum ad alienationem per praescriptionem faciendam suppleri a rep. quae ob bonum publicum dominium in praescribentem transfert. Neque refert, quod in particulari aliquo casu praescriptio ad salutem reip. non esset necessaria; sufficit enim ad tale jus praescribendi inducendum, quod universim ad cavendas reip. perturbationes, litesque noxias, et acuendam subditorum industriam sit necessarium; inde enim jam descendit obligatio ad quosvis etiam casus particulares, uti fieri solet etiam in aliis legibus. *Ad* 3. Lex praescriptionis fundatur in bono publico, ob quod inducta est; et hinc etiam non extante negligentia prioris domini, si cetera requisita adsint, dominium in praescribentem transfert.

13

Quaeritur 7. an is, qui praescripsit rem aliquam, casu, quo post completam praescriptionem cognoverit rem alienam fuisse, teneatur ad illam restituendam? Videtur teneri 1. quia jus naturale dictat, rem domino vero esse reddendam. 2. Praescriptio fundatur in bona fide, qua possidens rem alienam suam esse credit; ergo saltem, si deinde constet rem esse alienam, cessabit praescriptio;

quia tum cessat bona fides, quae fundamentum est praescriptionis. 3. Is, cui res adjudicata est per sententiam judicis subnixam falsa praesumptione, tenetur ad restitutionem: ergo etiam praescribens, si deinde constet rem ipsius non fuisse. 4. Etsi lex infra dimidium laesis actionem deneget, tamen in foro conscientiae manet obligatio restitutionis: igitur pariter manebit obligatio restituendi rem praescriptam, etsi jus contra praescribentem rei vindicationem deneget.

14

Sed standum pro negativa. Sequitur ex *num.* 5. quia beneficio praescriptionis praescribens dominium rei praescriptae accepit. Proceditque hoc non solum, quando prior dominus in custodienda re sua, aut vindicanda negligentiam aliquam commisit, sed etiam, quando nulla ex parte ejusdem in re sua inquirenda, aut vindicanda negligentia intervenit, ut AA. *num.* 11. allegati docent cum Haun. *tom.* 1. *de J. et J. tract.* 5. *num.* 164. *et seqq.* Quod etiam triplex persuadet ratio; nam 1. si leges inducentes praescriptionem praecise voluissent punire negligentiam dominorum, et sic ex talis negligentiae praesumptione procederent, essent leges perniciosae potius, quam utiles reip. praeterquam enim, quod sciri saepe non possit, an revera adversarius commiserit negligentiam, praeberetur per eas ansa innumeris occultis compensationibus, quorum primum illaquearet conscientias infinitis scrupulis, alterum apertam praeberet januam fraudibus, dum quisque fingeret suam fuisse, et sic occulte eam sibi vindicaret, cum aperte illam non possit. 2. Quia sic esset lex tantum poenalis: quod tamen satis aperte falsum est; nam lege poenali, communiter saltem, non amittitur dominium ante sententiam. Atqui praescriptio simul, ac peracta est, dominium adimit, et in novum possessorem omnino transfert; ergo etc. 3. Quia negligentia ista in re sua servanda non est, nisi venialis, quae non meretur ablatione rerum puniri.

15

Ex quo ulterius sequitur, pristinum dominium non posse rem sic praescriptam a praescribente repetere, etsi posset legitime demonstrare se prius fuisse ejusdem dominum; nam dum alter eandem praescripsit, ipse amisit ejusdem dominium. Imo si is, qui praescriptionem complevit, per errorem, et facti, vel etiam juris ignorantiam rem ita praescriptam restituit, ratus adhuc alienam esse, tenetur alter, cui restitutio facta est, eandem reddere, et praescribens eandem, tanquam indebite datam, potest repetere, atque ut suam vindicare; neque enim per solutionem ex errore factam dominium rei acquisitum praescribenti amittitur. Addidi *per errorem et juris ignorantiam*; nam si restituit is, qui dominium usu-

capione in se translatum scivit, et nulla vi, vel dolo ad restituendum inductus fuit, certum est eundem non posse rem restitutam revocare, ut bene advertit P. Vviest. *hic num.* 11. et ratio est, quia ita restituens rem donasse, aut praescriptionis jure cessisse videtur.

16

Neque obstant argumenta adversae sententiae. *Ad* 1. postquam res est legitime praescripta, non amplius est aliena, ut ex dictis patet, sed dominium ex dispositione juris translatum est in possessorem. Igitur deinde non amplius retinet ut alienam, sed ut suam. *Ad* 2. scientia superveniens praescriptioni jam completae malam fidem non facit; quia non est scientia rei alienae sed propriae, quae fuit aliena. *Ad* 3. imprimis judex per sententiam suam non intendit transferre dominium, sed solum declarare, cujus ex litigantibus res sit; unde si sententia fundetur in falsa praesumptione, ipsa quoque non tenet, nec est servanda in conscientia: at vero lex, vel princeps per praescriptionem intendit transferre dominium rei in praescribentem, ut saepe dictum est: deinde, ut iterum ex dictis patet, praescriptio non nititur praesumptione negligentiae prioris domini, sed exigentia boni communis. *Ad* 4. negatur paritas; nam quando infra dimidium laeso lex actionem negat, solum negative se habet, non assistendo eidem in judicio; in praescriptione autem positive approbat, dominium adjicit, et possessorem securum reddit.

17

Quaeritur 8. quis possit praescribere? Resp. In genere praescribere possunt illi omnes, qui possunt rem alienam proprio nomine possidere, et dominium acquirere. Ita Azor. *p.* 3. *l.* 1. *cap.* 19. *quaest.* 1. Palao *tract.* 31. *D. un. p.* 22. §. 3. *num.* 1. P. Jord. *l.* 14. *tit.* 24. *num.* 136. Eckolt *de usurp. et usucap.* §. 8. Vallens. *hic* §. 7. *num.* 1. Pirh. *n.* 9. Konig *n.* 5. Adeoque

Praescribere potest 1. non solum paterfam. sed etiam *filiusfam.* quoad bona castrensia, quasi castrensia, et adventitia; *l. sequitur* 4. §. *usucapere* 1. *ff. de usurp. et usucap. et ibi* glossa *V. et maxime.* Azor. *quaest.* 1. *cit.* cum ceteris *supra*, 2. *Pupillus*, tutore authore, imo etiam sine illius authoritate, modo animum usucapiendi habeat; *l. sequitur cit.* §. *pupillus* 2. *et ibi* glossa *V. animum possidendi*; nam ut Martinus *l. pupillus* 11. *ff. de acquir. rer. domin.* ait, *pupillus, quantum ad acquirendum, non indiget tutoris authoritate*. 3. *Infans*; sed hic tutoris authoritate indiget, cum sine hoc possidere nequeat. Hinc disparitas est inter infantem, et pupillum; nam pupillus, si sit doli capax, animum usucapiendi

habere potest, et ideo ad praescribendum tutoris authoritate non indiget; infans autem, cum usu rationis careat, animum usucapiendi habere nequit, et idcirco, ut *l. quamvis* 32. *§. infans* 2. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* dicitur, *judicium infantis suppleri* debet *authoritate tutoris*. 4. *Furiosus*: in quo tamen distinctione est opus; nam illud tantum usucapit, quod ante furorem possidere coepit; *l. sequitur cit. §. furiosus* 3. *et ibi* glossa *V. usucapit.* Ratio est, quia non desinit possidere, et praesumitur manere in priori voluntate, nisi constet ante furorem retractasse. At inchoare praescriptionem non potest furiosus; quia cum usu rationis, et libertate arbitrii careat, animum acquirendi habere non potest. Idem dicendum de amente quovis, et carente usu rationis: hic tamen, curatore authore, siquidem habet, potest praescribere.

18

Contra praescribere nequeunt 1. *furiosi*, et *amentes* in casu modo exposito. 2. *Servi*; quia nec possidere suo nomine possunt; *l. sequitur cit. §. servus* 4. *et l. qui in servitute* 118. *ff. de R. J.* sine possessione autem non currit praescriptio, ut infra dicam. 3. Clerici non possunt praescribere bona suorum beneficiorum; *can. Clerici* 11. *caus.* 16. *quaest.* 3. 4. *Precario rem possidens*, *usufructuarius*, *creditor* rem sibi pignori datam, et omnes alii, qui non suo, sed alieno nomine possident, usucapere, seu praescribere nequeunt; glossa *in can. Clerici cit. V. in jus proprium* Azor. *qu.* 5. Pax Jordan. *n.* 137. *cit.* 5. Denique universim loquendo, qui non est capax acquirendi dominii, vel possessionis, usucapere non potest, cum usucapio sit species alienationis; *l. alienationis* 28. *ff. de V. S.* in omni autem alienatione justa tam ex parte alienantis, quam acquirentis requiritur capacitas acquirendi; Tholos. *Synt. jur. univ. l.* 40. *c.* 3. *n.* 2. Pax Jord. *n.* 136.

19

Quaeritur 9. contra quos praescribi non possit? Resp. Contra omnes illas personas praescribi nequit, quae non possunt stare in judicio, vel agere, vel jura sua tueri, vel administrare bona sua; Palao *tract.* 31. *D. un. p.* 22. §. 3. *num.* 3. Pax Jord. *lib.* 14. *tit.* 24. *num.* 236. Ratio est, quia contra hos in attentante praescriptionem vel non est bona fides, vel non adest titulus sufficiens, vel obsunt aliae causae impedientes praescriptionem.

In specie praescribi non potest contra pupillum ratione minoris aetatis contra filiumfamilias dum adhuc est in patria potestate, ratione subjectionis, contra captivum ratione captivitatis, contra prodigum, quia bonorum suorum administrationem ei ademit resp. et universim adversus omnes illas personas, quibus jurium suorum

alienatio interdicta est : ratio est, quia alienationis quaedam species praescriptio est, ut *num. praeced. in fin.* dixi. Igitur non est rationi consonum, ut qui alienare non potest, contra eum praescribi possit, ne quod una via prohibetur, altera admittatur.

20

Triplex tamen casus excipiendus est ab ista doctrina, si praesumptio malae fidei purgetur per bonam fidem accipientis ; nam tunc etiam contra praedictos praescribi potest, non quidem tempore ordinario, sed extraordinario 3o. vel 4o. annorum, ut dicitur *l. fin. C. communia de legatis*, 2. Si possessor ejusmodi bona habeat ab aliquo tertio, qui bona fide concessit eadem possessori praesenti; tunc enim iste praescibere illa posset tempore ordinario, ut notat Palao *n.* 3. *cit.* 3. Si praescriptio prius est inchoata, antequam bona praescribenda hujusmodi prohibitione affecta essent; Palao *loc. cit.*

21

Quaeritur 1o. an praescriptioni renuntiari possit, v. g. pacto, ne res praescribatur? Negat Bartol. *in l. nemo* 55. *ff. de legat.* 1. Greg. Lopez *l.* 1. *tit.* 29. *p.* 3. ex ratione, quia praescriptio inducta est propter publicum, ne dominia rerum incerta sint. Sed juri publico derogare nemo potest; *leg. jus publicum* 38. *ff. de pact.* ergo etc. *conf.* ex *leg. de die* 14. *ff. de pact. dotal.* ubi non permittitur pactum, quo dos mulieris deterior fiat, tametsi causa dotis utilitatem privatam, et communem simul respiciat, ne scilicet mulieres indotatae sint; *l. dotium* 1. *ff. solut. matr.* igitur nec circa praescriptionem pacisci licitum erit, ut aliqua res praescribi nequeat; nam et praescriptio, ut dictum est, ob bonum publicum introducta est.

Sed contrarium merito docuit Dynus *in l. nemo cit.* Ripa *ibid. n.* 105. Gutier. *in ejus repetit. n.* 470. Palao *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 1. *n.* 6. et probabile admittit Pirh. *hic n.* 8. Rationem dant, quia praescriptio primario, et principaliter inducta est in commodum, et favorem privatorum, et secundario solum ob bonum publicum. At quae primario inducta sunt in bonum privatorum, renuntiari possunt ; ergo etc.

22

Controversia aliqua in hac ratione moveri potest, an verum sit, quod praescriptio solum secundario inducta sit ob bonum publicum, quod aliquibus cum Pirh. videtur difficile asserere. Sed quidquid de hoc sit, certum videtur, quod in praescriptione utilitas privata separari possit a publica ; nam posito pacto, ne res aliqua praescribatur, dominium illius non manet incertum, sed reservatum est primo possessori, et penes eundem manet. Hinc

Ad argumentum oppositum dico, per ipsum pactum de non praescribendo utilitatem privatam a publica separari; quia eo pacto posito, finis cessat, ob quem praecipue inducta praescriptio est, ne scilicet incerta sint rerum dominia. *Ad conf.* negatur paritas; nam in dote utilitas privata a publica separari non potest.

23

Quaeritur II. quae requirantur ad legitimam praescriptionem? Resp. Quinque maxime requisita DD. enumerant, 1. Ut res ipsa sit praescriptibilis, 2. bona fides, 3. justus titulus, 4. possessio legitima, 5. tempus lege definitum. Quae omnia his versibus continentur.

Sit res apta, fides bona, sit titulus quoque justus,
Possideas juste, completo tempore legis.

De singulis agendum in particulari; et hinc sit.

§. II.

Quae res praescribi possint, vel non possint?

SUMMARIUM

24 *Praescribi possunt res omnes, nisi jure prohibeantur.*
25 *Excipiuntur res sacrae.*
26 *Religiosae, et sanctae.*
27 *Publicis usibus deputatae, et liber homo.*
28 *Res communes, et eae, quae sunt merae facultatis.*
29 *Beneficia ecclesiastica, et jura spiritualia quoad laicos.*
30 *Jure positivo prohibentur praescribi limites parochiarum, et episcopatuum.*
31 *Jura majestatis.*
32 *Ea, quae ad supremam principis potestatem pertinent.*
33 *Res pupillorum.*
34 *Tempore ordinario praescribi nequeunt res ecclesiarum, saltem immobiles.*
35 *Bona principis cum distinctione.*
36 *Feuda.*
37 *Res furtivae, aut vi possessae*
38 *Res minorum, et civitatum.*
39 40 41 *Res alienari prohibitae cum distinctione.*

24

De his regulae instar est, praescribi, et usucapi posse omnes res corporales, sive mobiles illae sint, sive immobiles, nisi lege aliqua, vel speciali ratione prohibeantur usucapi, vel praescribi; Sylv.

V. praescriptio 2. *q.* 1. Host. *summ. hoc tit. de usucap. n.* 4. Tholos. *l.* 40. *cap.* 2. *n.* 1. Pirh. *hic n.* 11. Res incorporales, ut jura, servitutes actiones, sicut proprie possideri non possunt, ita nec praescribi, vel usucapi, sed tantum quasi, sicut tantum datur eorum quasi possessio. Quia tamen utilitatis causa introductum est, ut res incorporales quasi possideantur, hinc fit ut etiam quasi usucapiantur, sive longo tempore, et usu acquirantur; Host. *loc. cit.* Dixi autem, *nisi lege aliqua, vel speciali ratione prohibeantur usucapi*; sunt enim, quae praescribi non possunt, duplicis generis: et aliqua quidem praescribi nequeunt natura sua, alia legis dispositione; et horum quidem aliqua omnino praescribi non possunt, alia praescribi solum prohibentur tempore ordinario.

25

Quaeritur 1. quae res natura praescribi nequeant? Resp. Generaliter natura sua praescriptionem refugiunt, quae non sunt in hominum commercio, seu bonis privatorum; si enim nemo earum dominus esse potest, quomodo praescribere illas poterit, cum praescriptio sit adjectio dominii; *leg. usucapio* 3. *ff. de usurp. et usucap.* in particulari praescribi non possunt.

1. *Res sacrae*, quae rite, et solemniter Deo sunt consecratae, et sacris usibus applicatae, uti sunt calices, vestes, et ornamenta sacra, altaria, templa, sacella, coemeteria, monasteria, et alia loca sacra, et religiosa; §. *se aliquando* 1. *inst. de usucap. et l. usucapionem* 9. *ff. eod.* Ratio est, quia non est praescriptio sine possessione; atqui res, et loca sacra non possumus possidere; *l. qui universas* 30. §. *possessionem* 1. *de acquir. et amitt. possess.* Quodsi tamen res sacra profanaretur, praescriptionem admitteret; *l. cum loca* 36. *et ibi* glossa *ff. de relig. et sump. funer.*

26

2. *Res religiosae;* quales sunt sepulchra, sive loca, in quae corpus, et ossa hominis illata sunt, ut ibi perpetuo maneant; §. *religiosum* 9. *inst. de rer. divis. et l. usucapionem cit.* Hodie tamen non est opus speciali exceptione; cum enim nunc non amplius, ut olim, locus, ubi corpus humanum conditur, cujusvis voluntate religiosus fiat, sed episcopi authoritate coemeteria consecrentur, idcirco sub nomine rei sacrae jam continentur. Bene etiam notat Konig *hic n.* 8. licet ipsum coemeterium praescribi non possit, jus tamen sepulchri praescriptione acquiri posse; quia etiam possideri a privatis potest; *l. vel quod* 6. *ff. de relig. et sumpt. fun.* et statuitur expresse *l. monumentorum* 6. *C. eod.*

3. *Res sanctae*: quales sunt, quae speciali sanctione ab injuria, et violatione hominum sunt defensae, ac munitae; §. *sanctae quoque* 10. *inst. de rer. divis. l. sanctum* 8. *ff. eod. l. usuca-*

pionem 9. *ff. de usurp. et usucap.* Inter res sanctas connumerantur muri, et portae civitatum, quas violare capitale est; §. *sancta cit.* item imperium romano germanicum, quod ideo in vernacula dicimus *das delige remische rech.* Konig. *n.* 9.

27

Res publicis usibus depatatae ut sunt forum, via publica, fons, pons, theatra, stadia, scholae, curiae, porticus etc. *l. usucapionem cit. et l. praescriptio* 6. *C. de oper. public.* idque verum est, etiamsi iis populus uti desierit; *l. viam* 2. *ff. de via public. et itin.* quia satis est, quod eis uti possit, et ad eum finem fuerint assignatae.

5. *Liber homo*, qui nullo tempore praescribi potest, ut fiat servus, licet possessor illum bona fide emerit putans esse servum; §. *sed. aliquando* 1. *inst. de usucap. l. usucapionem cit. et l. fin. C. de long. temp. praescript.* e contra servus contra dominum praescribere libertatem potest, si per 20 annos bona fide etiam sine titulo se gesserit pro libero; *l. fin. cit. et ibi* glossa *V. bona fide, et V. per* 20. idque favore libertatis statutum est. Addit Pirh. *hic n.* 12. juxta alios sufficere decennium inter praesentes, ne deterior sit conditio libertatis, quam aliarum rerum, et quia saltem in aliis legibus conceditur brevius tempus ad praescribendum praesentibus, quam absentibus.

28

6. *Haereditas,* vel alia *res communis* : hanc enim, antequam inter haeredes, vel socios divisa fuerit, unus eorum praescribere nequit contra reliquos cohaeredes, vel socios, etiamsi longissimo tempore eam possederit, quin eis reddere debeat portiones suas; *l. si communem* 10. *ff. quemad. servit. amitt.* Ratio est, quia non suo tantum, sed omnium cohaeredum, vel sociorum nomine censetur rem communem possidere.

7. *Res merae facultatis*, h. e. quae citra obligationem, aut conventionem cujusque libero arbitrio relinquuntur; *arg. l. viam publicam* 2. *et ibi* glossa *ff. de via pub. et itin.* Ratio est, quia quae hujusmodi sunt, cum sint meri facti, nihil juris ponunt, cui praescribi possit; antequam autem fiant, in rerum natura non sunt. Accedit, quia non decet, ut beneficium vertatur in debitum. Proceditque hoc, sive per actum aliquem positivum aliquid tale factum sit, sive per omissionem actus, quem alias ponere quis potuisset. Primi exemplum est, si consuevit aliquis in molendino alterius molere, cum potuisset in altero; secundi, si altius quis domum suam non aedificavit, cum jus habuerit altius aedificandi: Nam primus, etsi 100. annis frumentum suum tulisset in aliquod molendinum, per hoc tamen non contrahit obligationem, ut

non alibi molat; alter, etsi altius domum erexerit, non tamen per hoc amittet potestatem altius aedificandi, nisi aliquando aedificare volentem vicinus prohibuerit, et is de hac aedificatione cessarit; tunc enim amisit hoc jus, ut bene Engl *hic n.* 9.

29

8. *Beneficia ecclesiastica*, si titulum praescribens non habeat; quia sola canonica institutione, et authoritate superiorum obtinentur; *cap. beneficium* 1. *de R. J. in* 6. *cap. ex frequentibus* 3. *de instit. cap. contingit* 9. *de dol. et contum.* Neque obstat *cap. cura* 11. *de jur. patr.* ubi prohibetur, ne quis ex donatione laicorum ecclesias aliquas sibi vendicare, vel retinere praesumat sine authoritate, et consensu episcopi, *nisi legitima fuerit praescriptione munitus*, et cons. supponitur ecclesiam, seu beneficium per praescriptionem acquiri posse; nam dicendum ibi sermonem esse de ecclesiis, non in beneficium, vel titulum, sed in proprietatem concessis, uti textum illum explicant Abb. et Barbosa *ibidem*, ac post hos Konig. *n.* 11. Colligitur etiam ex eo, quia *cap. cit.* scriptum est non tantum ad clericos, sed etiam ad monachos, et monasteria, quae beneficia in titulum habere non possunt. Deinde in textu dicitur, ne *ex donatione laicorum* quispiam ecclesias vendicare praesumat: atqui donatio facta loco religioso intelligitur non in beneficium, sed proprietatem facta; *cap. consultationibus* 4. *de donation.* Addidi, *si titulum praescribens non habeat*; nam si titulum coloratum saltem possessor habeat, et per triennium pacifice beneficium tale possederit, possessio haec ei proderit; si non ad proprietatem beneficii, quod multi contendunt, saltem ad exceptionem, si tamen adsit bona fides; nam alias nec in foro interno tutus est, nec in externo tolerandus.

9. A laicis praescribi non possunt *jura ecclesiastica*, *et spiritualia*, e. g. jus eligendi, aut conferendi beneficia ecclesiastica, jus cognoscendi, et judicandi causas ecclesiasticas, et clericorum etc. quia a laicis possideri nequeunt; *cap. causam h. tit.* Hinc etsi mille anni transierint, laici ejusmodi jura non praescribent: *jura*, dixi; nam bona ecclesiastica, quae sacra non sunt, praescribi a laicis possunt, sed indigent longiori tempore.

30

Quaeritur 2. quae res jure positivo simpliciter praescribi nequeant? Resp. 1. simpliciter praescribi vetantur *limites parochiarum, et episcopatuum*, ac quae hujusmodi limitibus cohaerent, modo sufficienter constet illos fines fuisse praefixos; *can. quicunque* 4. *et duobus seqq. caus.* 16. *quaest.* 3. *cap. super eo* 4. *de parochiis*, *et cap. quia* 9. *h. tit.* Ratio est, ne termini provinciarum etc. confundantur. Extenditur hoc etiam ad limites ducatuum, et comitatuum, ut

vult Hostiensis apud Molin. *tract.* 2. *D.* 79. *n.* 7. Dixi *limites parochiarum etc.* nam limites praediorum, seu agrorum ecclesiasticorum 40. annis praescribi possunt, ut aliae res ecclesiasticae immobiles; *canon. volumus* 2. junct. gloss. *V. fines caus. citat. quaest.* 4. *et capit. quia citat.* Imo ipsa etiam terra, ubi limes parochiae, vel dioecesis positus est, quoad proprietatem praescribi potest, ut recte notat Engl. *hic n.* 8. modo adhuc limes maneat in sua ratione limitandi, et nihilominus fines episcopatus, vel parochiae designet. Similiter non prohibetur praescriptio jurium episcopalium circa certas ecclesias in aliena dioecesi, item praescriptio decimarum in aliena parochia, si fiat salvis de cetero limitibus. Addidi in responsione, *modo sufficienter constet illos fines fuisse praefixos*; nam si dubii forent limites, melior judicaretur possidentis conditio.

31

2. *Jura majestatis*, seu quae principi, imperatori, regi debentur, et competunt in recognitionem supremi principatus, et universalis dominii, ac subjectionis eidem debitae; *l. comperit* 6. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ratio est, tum quia princeps illa ne expressa quidem conventione diminuere potest, tum quia eorum jurium reliqui extra supremum principem incapaces sunt. Hinc nulla temporis praescriptione acquirere quis potest immunitatem vectigalium, et tributorum, quae principi penduntur in recognitionem supremae majestatis, et subjectionis; et quamvis quantocunque tempore petita non fuerint a principe, jus tamen per hoc princeps ad ea petenda non amittit. Dixi, *Quae penduntur in signum supremae jurisdictionis, et dominii;* ea enim, quae reservantur principi solum in signum specialis dignitatis, et privilegii, ut sunt potestas legitimandi, restituendi famae, creandi notarios, cudendi monetam, indicendi tributa pro expensis alicujus belli, vel simili aliqua necessitate publica, per inferiorem acquiri possunt praescriptione 40. annorum cum titulo, sine titulo tempore immemoriali; *l. si publicanus* 4. §. *in omnibus* 2. *ff. de publican.* Abb. *in cap. ad audientiam* 13. *h. tit. n.* 18. Less. *l.* 2. *cap.* 6. *n.* 41. Pirh. *hic n.* 20. Konig. *n.* 19. cum aliis.

32

3. *Ea, quae ad supremam principis potestatem spectant*; nam contra haec a nullo subdito, qui se subditum fatetur, praescribi potest, ita, ut legibus principis non obligetur, vel ut ab eo non coerceatur, quando ratio, et justitia ita exigunt, aut ut ab inferioribus judicibus non appelletur ad supremum judicem; Covar. *in reg. possessor p.* 2. §. 2. *n.* 7. Molin. *tr.* 2. *D.* 74. *n.* 3. Pirh. Konig *l. citt.* Dixi, *qui se subditum fatetur*; nam, etsi per praescriptionem

fieri non possit, ut subditus manens subditus exemptus sit ab iis, quae principi ratione supremae potestatis competunt, v. g. ab ejus imperio, tribunali, judicio etc. potest tamen mediante praescriptione ex subdito fieri non subditus, et eximi ab ejus potestate, prout multi principes, qui olim erant subjecti romano imperatori, praescribendo libertatem exempti sunt. Nemo tamen per praescriptionem, imo etiam per concessionem ipsius pontificis eximi potest a potestate, quae ipsi tanquam summo Christi in terris vicario adversus omnes fideles competit; nam ad intrinsecam papalis potestatis a Christo profectae perfectionem spectat, ut sit omnium fidelium supremus ordinarius pastor. Ita *l. cit.* Abb. *n.* 19. Molin. *n.* 1. Pirhing. *n.* 20.

33

4. *Res pupillorum:* ubi nonnulli discrimen faciunt inter res eorum mobiles, et immobiles; et in prioribus praescriptionem concedunt, in posterioribus autem negant. Sed melius hac distinctione rejecta, negatur omnis praescriptio, etiam longissimi temporis in re pupillari, ita, ut tempus pupillaris aetatis ad tempus praescriptionis computetur. Ita Cujac. *in l.* 4. §. *si pupilli* 11. *ff. de usucap.* ubi seipsum corrigens, generaliter, et indistincte asserit, res, quae aut civili, aut gentium jure pupilli factae sunt, quamdiu is in tutela fuerit, usucapi non posse. Consentiunt. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 15. *n.* 1. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 24. *n.* 174. Arnold. Rath *tr. de usuc. et praescript. c.* 4. *n.* 10. Haun. *tom.* 1. *tract.* 5. *n.* 365. Pirh. *hic n.* 36. Konig *n.* 21. et sumitur ex *l. sicut rem* 3. *v. quae ergo C. de praescript,* 30. *vel* 40. *ann. et Auth. nisi triennale C. de bon. matern.* Et hoc verum est, ut bene notat Haun. etiamsi contra defunctum praescriptio jam incaepisset; nam durante pupillari aetate non currit praescriptio. *Excipitur,* si tempus praescriptionis compleretur, pupillo adhuc in utero existente; nam tunc adversus defunctum, non adversus pupillum compleri censeretur; nec enim jura volunt ob incertitudinem posthumi nascituri praescriptionem impedire. Datur tamen eo casu posthumo nato beneficium restitutionis in integrum; *l. etiam* 45. *ff. de minor. l. unic. C. si advers. usucap.*

Praeter relata sunt plura adhuc alia, quae lege positiva praescribi vetantur; de his tamen melius *in* §§. *seqq.*

34

Quaeritur 3. quaenam res praescribi prohibeantur tempore ordinario? Resp. 1. *Res ecclesiarum*, saltem immobiles; nam contra eas, ut *infra* §. 6. dicam, praescriptio locum non habet, nisi longissimi temporis, contra ecclesiam romanam quidem 100. annorum, contra alias inferiores 40. Aliquibus tamen ecclesiis, et locis sacris ex speciali privilegio, ut §. 6. *cit.* dicam, amplius conceditur tem-

pus; ut ordini, ac monasteriis s. Benedicti, congregationi s. Salvatoris etc.

35

2. *Bona principis*: ubi tamen distinguendum est inter ea, quae ad eum spectant tanquam privatum, et non qua princeps est, quia ex suo patrimonio, vel aliunde titulo privato illa habet; et inter ea, quae ad ipsum pertinent, qua princeps est. *Primi generis*, bona, quae *bona dominica*, seu *patrimonialia principis* appellantur, eo tempore praescribuntur adversus principem, quo praescriberentur adversus quemcumque privatum, ut cum Covar. et aliis ab hoc *citt.* rectius docet Molin. *tract.* 2. *D.* 74. *n.* 5. quamvis aliqui refragentur. Ratio est, quia non constat de privilegio, quod regi quoad similia bona conveniat. *In secundi generis bonis* iterum distinguendum est inter bona, quae ad regni coronam, vel principatum spectant, et inter ea, quae dicuntur *fiscalia*. *Priora* non praescribuntur adversus regni coronam minori spatio, quam 100. annorum; Covarr. *reg. possessor p.* 2. §. 2. *n.* 8. *et* 9. Valasc. *de jur. emphyt. quaest.* 47. *n.* 12. Molin. *l. cit. n.* 4. et patet *arg. l. un. C. de ss. eccl.* ubi privilegium centenariae praescriptionis conceditur civitatibus: igitur multo magis coronae, vel principatui. Quoad *posteriora*, tertia distinctio est adhibenda; nam si jam incorporata sint fisco, praescribi solum possunt 40. annorum tempore; §. *res fisci* 10. et *ibi* gloss. *instit. de usucap.* *Si nondum incorporata fisco*, multum interest, qualia sint illa bona, et quam ob causam fiscus ea sibi vendicet, vel vendicare possit. *Si ad fiscum pertineant, quia ob crimen*, e. g. ob vectigal non solutum, ob haeresim, ob crimen laesae majestatis etc. *sunt eidem commissa*, distinguendum est inter fiscum saecularem, et ecclesiasticum. *Si sermo sit de fisco saeculari*, quinquennio omnis actio fisci extinguitur. *Si de ecclesiastico*, adversus ecclesiam romanam non praescribitur, nisi 100. annis, adversus aliam inferiorem annis 40. nisi habeat speciale privilegium. *Si vero hujusmodi bona nondum incorporata fisco ad eum spectant alia ex ratione*, quia v. g. morte alicujus sine legitimis haeredibus sunt vacantia, videndum, an denuntiata sint fisco, vel non. *Si nondum denuntiata sunt*, praescribuntur tempore ordinario; *l. quamvis* 18. *ff. de usurp. et usucap.* ubi dicuntur talia bona *diutina possessione capi*; diutina autem 10. aut 20. annos, videlicet tempus ordinarium denotat. *Si autem denuntiate jam fisco sint*, post quadriennium continuum actio super illis bonis a fisco non amplius incohari potest, ut habetur *l. notum est* 1. *C. de quadrien. praescrip.* Videatur Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 73. *per totam.*

3. *Feuda*: ubi quinque distinguendi sunt casus. Et 1. quidem, ut res allodialis in feudalem transeat, sufficit, si possessor ejusdem illam tanquam feudalem 30. annis possederit, et domino istius vasalli instar servitia exhibuerit, nisi illa ad ecclesiam spectet; tunc enim adversus romanam 100. adversus aliam privilegio non munitam 40. anni requirentur; Zas. *tract. de feud. p.* 6. *n.* 30. Vultej. *l.* 1. *c.* 9. *n.* 13. Schrader *p.* 5. *c.* 4. *n.* 6. Rosenthal *c.* 6. *concl.* 77. *n.* 2. quos citat, et sequitur P. Vviest. *hic num.* 142. et patet ex *lib.* 2. *feud. tit.* 26. §. *siquis per* 30. 2. eadem longissimi temporis praescriptione feudum ab uno vasallo transferri potest ad alium, et a vero ad putativum; nam si hic per 30. annos bona fide jure vasalli possedit feudum, et domino ejusdem obsequia consueta praestiterit, vasallus prior amittit dominium utile, et feudi dominus hunc novum, tanquam vasallum suum, agnoscere etiam invitus cogitur; Abb. *in c.* 13. *h. tit. n.* 14. Clar. §. *feudum quaest.* 45. *n.* 3. Schrad. *p.* 5. *cit. c.* 5. *n.* 9. Rosenthal. *cap.* 9. *concl.* 97. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 109. Vviest. *n.* 142. 3. Similiter 30. anni sufficiunt, et extinguetur feudum, si extraneus tanto tempore rem feudalem, tanquam allodialem bona fide possederit; glossa *in tit.* 40. *feud. l.* 2. *v. praeterea cit. V. praescriptione.* Alex. de Nevo *in cap.* 13. *h. tit. n.* 52. *et* 57. Gaill. *l.* 2. *obs.* 160. *n.* 1. *et seqq.* Rosenth. *concl. cit. n.* 19. et apud hunc communiter feudistae. Sumitur ex §. *siquis per* 30. *cit.* Neque obstant textus *lib.* 2. *feud. tit.* 40. *v. praeterea*, et *tit.* 55. *in princ.* ubi dicitur nullius temporis praescriptio obstare domino; quia ut *l. citt.* cum aliis advertit Gaillius, id intelligendum duntaxat est de ordinaria 10. annorum inter praesentes, et 20. inter absentes, non vero de extraordinaria 30. vel 40. annorum: 4. non minus 30. anni sufficiunt ad consolidandum dominium utile cum directo, et feudi extinctionem, si dominus directus bona fide, quia v. g. credidit familiam, cui ratione feudi alias debebatur dominium utile, omnino extinctam esse, tanto tempore rem feudalem tanquam allodialem, et liberam pacifice possedit; *arg.* §. *siquis citat.* Bald. *ibidem num.* 11. Zas. *p.* 6. *cit. n.* 33. Rosenth. *conclus.* 83. *num.* 2. Vviest. *hic num.* 144. 5. Ut vero contra vasallus dominium directum praescribat adversus dominum, necesse est, ut domino possessionem interverterit, eique pro servitiis ipsum interpellanti, illa negarit, praedium, quod possidet, liberum asserendo; alias enim nullo tempore illud praescribet ob possessionis defectum, cum non sibi, sed domino illud possideat; Vult. *c.* 9. *cit. n.* 18. Schrader. *p.* 6. *c.* 6. *n.* 62. Rosenth. *c.* 6. *concl.* 82. *n.* 1. et 15.

37

4. *Res furtivae*, *aut vi possessae* : hae enim tempore ordinario nec a fure, seu invasore, nec a tertio quodam praescribi possunt, usque dum vitium purgatum fuerit; §. *furtivae* 2. *et seq. inst. de usucapiend. l. qui fundum* 7. §. *qui sciens* 5. *ff. pro emptor. l. sciens.* 7. *C. de usucap. pro empt.* Vivian. *in cap.* 2. *h. tit.* Gonz. *ibid. n.* 6. Vall. §. 8. *num.* 5. Pirh. *n.* 13. Engl. *n.* 11. Sanning *c.* 6. *n.* 3. Vviest. *num.* 139. Estque hoc verum, ut bene advertit Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 367. etsi per mille manus res illa ambulasset; semper enim dominus illam vendicare posset, nullo restituto pretio, praeterquam expensis in sustentationem v. g. animalis factis. *Ratio* indicatur *l. vitia* 11. *C. de acquir. vel retin. poss.* quia sc. dispositione juris res furtivae, et vi possessae vitio reali laborant; cum quo proinde ad quoscunque successores deveniunt. Huc revocantur, quae contra legem repetundarum judici data sunt; nam haec perinde, ac furtiva, non nisi purgato vitio, praescriptionem admittunt; *l. quod contra* 8. *ff. ad leg. jul. repetund.* Addidi, *nisi purgatum sit vitium furti*, *aut violentiae* : quod fieri tripliciter potest. 1. per lapsum 30. vel 40. annorum; nam si tanto tempore hujusmodi res possessae fuerint a tertio bonae fidei possessore, puta ab emptore, vel haerede furis, ignorante rei vitium, praescribi etiam res furtivae possunt; *l. sicut* 3. et *l. omnes* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* 2. si fur esset haeres illius, cui furatus est; *l. cum vir* 42. *ff. de usurp. et usucap.* ibi : *idem juris est*, *cum is*, *qui rem furtivam vendidit*, *postea domino haeres existit.* 3. Si res ad suum dominum reversa fuerit post furtum, et denuo bona fide ab alio possideatur, sive deinde reversa fuerit formaliter, sive aequivalenter, v. g. per receptam litis aestimationem, aut quamcunque aliam satisfactionem; *l. quamvis* 84. *ff. de furt.*

38

5. *Res minorum*, contra quas solum currit praescriptio 30. annorum; *l. sicut* 3. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. l. non est* 3. *C. quib. non objicit. long. temp. praescript.* Pal. *tract.* 31. *D. un. p.* 22. §. 15. *num.* 1. Less. *l.* 2. *cap.* 6. *num.* 24. Vvagn. *in cap.* 3. *h. tit. V. possessae sunt*, *not.* 2. Engl. *num.* 10. Konig. *num.* 22. Sed hoc, ut Haun. *tom.* 1. *tract.* 5. *num.* 366. notat, intelligi solum debet de praescriptione proprie dicta; nam improprie, ut annales etc. aeque procedunt adversus minorem, salva restitutione in integrum.

6. *Res*, quae *civitatibus* (idem dicendum de pagis et oppidis) donatae, legatae, venditae, sed nondum traditae sunt; nam adversus istas non praescribitur minori tempore, quam centum annorum; *l. ut inter* 23. *C. de SS. Eccl.* Neque privilegium hoc revoca-

tum, vel ad brevius tempus redactum est per *Auth. quas actiones l. citat.* subjunctam; quia haec solum de ecclesiis, non de civitatibus tractat; Covar. *in reg. possessor p.* 2. §. 2. *num.* 15. Molin. *tract.* 2. *D.* 74. *num.* 4. Layman *l.* 3. *tract.* 1. *cap.* 8. *num.* 13.

39

7. *Res alienari prohibitae*: ubi distinguendum est, an omnino prohibeantur alienari; ut sunt praedium dotale, res majoratus, aut primogeniturae vinculo alligatae, aut sub fideicommisso relictae; an vero solum sint prohibitae alienari sine certis solemnitatibus, uti sunt res ecclesiarum, pupillorum, minorum etc. De his *posterioribus* satis constat ex hactenus dictis. *In prioribus* distinguendum est, an per praescriptionem id agatur, ut hujusmodi majoratus, primogeniturae, fideicommissa etc. inducantur, an vero, ut tollantur. *Si primum*, Molin. *tract.* 2. *D.* 75. *num.* 9. *v. advertit.* putat sufficere tempus ordinarium cum titulo, tricennium sine titulo; sed verius Pal. *tract.* 31. *D. un. p.* 22. §. 15. *num.* 6. requirit 40. annos cum titulo, immemoriale sine illo.

Si secundum, gravissima est controversia, an hujusmodi res absolute alienari prohibitae praescribi possint, saltem tempore longissimo 30. aut 40. annorum? Affirmant Card. de Lug. *de J. et J. D.* 7. *sect.* 8. *num.* 147. Haun. *tom.* 1. *tract.* 5. *num.* 363. Konig *hic num.* 23. *Rationem dant*; quia ista praescriptio habet vim tituli, et affert praesumptionem facultatis a principe datae ad alienandum.

40

Verum longe probabilius est, non posse hujusmodi bona praescribi etiam longissimo tempore in praejudicium successorum, nisi agere iidem valeant. Ita Covar. *reg. possessor p.* 3. §. 3. *num.* 6. *concl.* 3. Fachin. *l.* 7. *contr. cap.* 12. Pal. *tract.* 31. *D. un. p.* 22. §. 15. *num.* 3. Pirh. *hic n.* 37. et alii ab his *citt. Ratio est* 1. quia prohibitio alienationis in his bonis non solum est inducta a lege, sed etiam ab ipso primo institutore, qui dum majoratum, primogenituram, fidecommissum constituit, et personas, ad quas devenire debet, modumque, quo ad ipsas deventurum sit, designavit, tacite prohibuit, et exclusit quamlibet aliam alienationem; ergo etiam praescriptionem: non ordinariam tantum; nam hanc excludit *l. ult. C. communia de legat.* et *l. ult. §. fin. autem C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* ergo, ut aliquid operetur prohibitio a primo institutore addita, dicendum ea excludi etiam extraordinariam. 2. impedito agere non currit praescriptio; quia tunc primum incipit currere, quando actio nata est, sed successores in majoratu, primogenitura etc. nequierunt praescriptionem impedire, vivente possessore, contra quem praescriptio facta est; quia illis nondum majoratus cessit:

ergo contra eos, quando agere non possunt, non currit praescriptio.
3. Praescriptione amplius aliquid acquiri nequit, quam quod vero titulo concedi poterat, cum praescriptio loco tituli subrogetur, ut tradit Bald. *in l. nullus C. de R. V.* at nec possessor, nec alius poterat primogenituram, majoratum etc. alienare, naturam illorum destruendo; neque enim dominium illorum conceditur absolute, sed pro ejus vita, ita ut in ea institutione tot videantur adesse concessiosiones, quot fuerint personae successurae; quia omnes a primo institutore, non ex ultimo possessore rem possidendam accipiunt.

41

Dixi autem, *etiam longissimo tempore*, videlicet 30. vel 40. annorum; nam praescriptione, quae hominum excedit memoriam, praescribi possunt; quia cum haec vim tituli habeat, et praesumptionem inducat, quod omnia adsint, quae ad dictam alienationem fuerunt necessaria, mirum non est, quod valeat omnibus praejudicare; Molin. *tr.* 2. *D.* 69. *n.* 9. *vers. conveniunt*, et alii passim. Addidi, *in praejudicium successorum, nisi agere iidem valeant*; nam adversus eos, qui agere possunt, optime currere praescriptio potest, cum potissima ratio sit impotentia agendi.

Ad rationem pro adversa parte allegatam dico praescriptionem longissimi temporis tum solum praesumptio titulo pro se habere, quando adversus praescribentem non militat praesumptio contraria, sicut fit in rebus alienari prohibitis.

§. III.

De possessione requisita ad praescriptionem.

SUMMARIUM

42

Certum est, ad praescriptionem faciendam requiri *possessionem*; nam *sine possessione praescriptio non procedit*, ut habetur *reg.* 3. *de R. J. in* 6. et supponitur *c. sanctorum* 3. *c. causam* 7. *c. si diligenti* 17. *h. tit. et l. sine possessione* 25. *ff. eod.* Hinc qui incapaces sunt possidendi rem aliquam, prout sunt laici respectu eligendi, conferendi beneficia etc. etiam incapaces sunt praescribendi, ut facile omnes concedunt.

Quaeritur 1. qualis esse debeat haec possessio, ut legitima sit et ad praesumptionem sufficiat? Resp. Debet esset civilis, h. e. detentio rei cum opinione dominii. Ita Abb. *in c.* 7. *h. tit. n.* 6. Covar. *reg. possessor p.* 2. *princ. n.* 7. Azor. *p.* 3. *l.* 1. *c.* 17. *q.* 2. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 61. *n.* 1. Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 5. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *n.* 5. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 4. *n.* 2. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 24. *n.* 107. *et seq.* Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 256. et ceteri passim. *Ratio est*, quia praescriptio est modus acquirendi dominium, quod non acquiritur sine animo, et voluntate acquirentis; *l. in omnibus* 55. *ff. de O. et A.* igitur necesse est talem intelligi possessionem, qua animo, et voluntate domini res detinetur. Non tamen est necesse, ut reali apprehensione acquiratur res praescribenda, sed sufficit, si fictione juris aliquo actu, qui apprehensioni aequivalet, comparetur. Item juxta vulgarem modum

accipiendi praescriptionem non est opus, ut sit proprie dicta possessio, quae tantum est corporalium rerum; nam etiam jura, et res aliae incorporeae praescribi possunt, quarum tantum est quasi possessio. Quaecunque autem sit possessio sive vera, sive quasi, necesse est, ut praescribens sibi, et suo nomine possideat, non alteri, vel alterius nomine; *cap. si diligenti* 17. *h. tit.* Hinc

43

Sequitur 1. ut aliquis sciat, quid temporis diuturnitate praescripserit, inquirendum esse de eo, quid eo tempore possederit, nam tantum praecise aliquis praescribit, quantum possidet; *arg. c. cum olim* 18. *h. tit.* et passim DD. *Sequitur* 2. eum, qui non suo, sed alterius nomine est in possessione juris, aut rei, non posse praescribere sibi, sed iis, quorum nomine possidet; Molin. *loc. cit. n.* 5. Pal. *n.* 5. et sumitur ex *c. si diligenti cit.* ubi etiam ratio redditur; quia *is possidere dicitur, cujus nomine possidetur*: cons. tutor, curator, filiusf. servus praescribit pupillis, minoribus, parentibus dominis etc. *Sequitur* 3. etiam non sufficere possessionem fundatam in actibus merae facultatis; quia per hujusmodi actus exercitos, vel omissos, hoc ipso, quod omnino libere exerceantur, vel omittantur, non possidetur jus exigendi eorundem exercitium, vel omissionem. Vide supra dicta *n.* 28.

44

Quaeritur 2. an possessio civilis ad praescriptionem sufficiat sine naturali? Videtur non sufficere; nam possessio naturalis, utpote corporea, evidens, et notabilis multo favorabilior est, quam civilis, quae plerumque est occulta, et machinationibus plena, vel saltem exposita: igitur saltem sine naturali civilis non sufficit. *Conf.* quia si civilis sufficeret ad praescriptionem, et impediret, ne naturalem possessionem habens praescribere posset, lex praescriptionis clusoria foret; semper enim replicatione civilis possessionis in animo retentae eludi posset.

Sed his non obstantibus, dicendum civilem possessionem sine naturali sufficere, naturalem sine civili non sufficere. Ita certa sententia contra Ferd. Vasq. *l.* 2. *controv. jur. c.* 57. *n.* 6. *pars* 1. ex eo constat, quia si civilis possessio sine naturali sufficeret, nemo facile unquam praescriberet; quia nemo facile possessionem naturalem continuat toto tempore legibus definito. *Pars* 2. quia si naturalis possessio sufficeret sine civili, possent duo simul rem eamdem praescribere, sc. si unus per tempus lege definitum continuaret possessionem naturalem, alter civilem. Sequela admitti nequit; quia non datur dominium duorum in solidum: ergo etc. ex quo

45

Sequitur 1. alienae possessionis invasorem inchoare praescriptionem non posse, quamdiu alter v. g. absens civiliter possidet, ut notavit Abb. *in c.* 5. *h. tit. n.* 4. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *n.* 5. Pal. *tr.* 31. *D. un. part.* 22. §. 4. *n.* 3. cum aliis

Sequitur 2. siquis domino absente, vel ignorante, occupet rem aliquam immobilem illius, eamque alicui tertio vendat, et tradat, non posse istum, quamvis bona fide illam retineat, ipsam ex empto praescribere, quia naturaliter solum possidet, civili possessione remanente penes dominum absentem, et ignorantem, donec reversus non admittatur ad possessionem naturalem, vel ab ea recuperanda ob metum, vel aliam causam desistat; Molin. *tr.* 2. *D.* 62. *n.* 2. Pirb. *hic n.* 40.

Sequitur 3. casu, quo Titius existens in possessione domus alienae, bona fide emptae a non domino, alio profectus domum relinquat vacuam, sed animo retinendi possessionem, alius vero diutius absente Titio, domum illam ingrediatur, et possidere incipiat, Titium tamen, non obstante hac alterius clandestina possessione, et sua absentia, praescriptionem complere posse; quia domum praedictam adhuc civiliter possidet; nisi longo nimis tempore, e. g. decennio abfuerit, et oblivionem quasi rei suae induxerit, tunc enim amitteret possessionem; *l. furtum* 37. §. *fundi* 1. *ff. de usurp. et usucap.*

46

Sequitur 4. conductorem, colonum, depositarium, commodatarium, aliosque similes non posse praescribere res, quas legitime detinent; quia civilis earum possessio est penes proprietarium: imo ipsi neque naturaliter possident suo nomine, sed nomine domini, qui per illos possidet etiam naturaliter. Emphyteuta vero, et usufructuarius, licet civiliter non possideant proprietatem fundi, ideoque illam praescribere nequeant, possunt tamen contra proprietarium praescribere dominium utile, aut jus fruendi; quia hoc civiliter, et suo nomine possident; Molin. *cit. n.* 4.

Sequitur 5. non posse eandem rem a duobus praescribi in solidum; quia duo in solidum civiliter eam possidere nequeunt; *l. possideri* 3. §. *e contrario* 5. *ff. de acquir. vel amit. possess.* Non tamen repugnat eandem rem a diversis praescribi secundum diversas partes, aut secundum diversa jura, ita, ut unus praescribat dominium, alter usumfructum; unus dominium directum, alter utile; unus unam partem, alter aliam partem; item in eodem loco duo possunt praescribere jurisdictionem concurrentem, si uterque actus possessoris sufficientes sine prohibitione alterius exercuerit; nec tamen eo casu jus utriusque, aut possessio erit in solidum, sed in actu, seu

exercitio jurisdictionis semper melior erit conditio possidentis; *cap. proposuisti* 19. *de for. compet.* Abb. *in cap.* 15. *h. tit. n.* 14. Konig. *n.* 16. *hic.*

Ad rationem in contrarium allatam, si possessio naturalis fundamentum esse praescriptionis deberet, multo pluribus fraudibus daretur occasio; quia etiam fures, et invasores injusti, ut possidere naturaliter ita etiam praescribere possent. *Ad conf.* multo saepius eluderetur praescriptio, si praeter civilem etiam requireretur possessio naturalis; quia ut *n.* 44. dictum est, rarissime tanto tempore continuatur utraque.

47

Quaeritur 3. quomodo continuari, et probari possessio debeat? Resp. Ut inducatur praescriptio, possessio debet esse continua, non interrupta: de quo *infra* §. 8. Interim noto, continuatam possessionem censeri non tantum, si apud unum permaneat, sed etiam, si in alium transferatur, sive deinde illud fiat titulo universali, quo modo rem possideri caeptam a testatore usucapere potest haeres illius; sive singulari, ut cum res aliqua per donationem, aut venditionem a donante, vel venditore transfertur in donatarium, et emptorem.

Quoad probationem possessionis sequentia notari debent. 1. praescribens non obligatur ad probandam continuationem possessionis; quia id esset quodammodo impossibile: sed sufficit, quod probet initium, medium, et finem; nam ex his reliqua tempora praesumuntur; Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 25. *n.* 129.

48

2. Si probet antiquitus se possedisse, praesumitur adhuc de praesenti possidere, modo ita se possidere alleget possessor; Pal. *tract.* 31. *disp. unic. part.* 22. §. 4. *n.* 7. et apud hunc Abb. Covar. *Ratio est*, quia a possessione habita cadere possessor nequit, nisi animum possidendi mutaverit; quod non praesumitur, sed magis contrarium.

3. Ex eo, quod quis probet antiquitus se possedisse, et de praesenti possidere, praesumitur intermedio tempore possessionem continuasse; Covar. *reg. possessor p.* 2. §. 1. *n.* 1. et apud istum *cit.* Quod intellige casu, quo possessio civilis per decennium probanda est; nam si ultra decennium probanda sit, et naturalis possessio sit amissa, oportet initium cujusque decennii probare; et ratio est, qui animus continuandae possessionis rei non retentae non praesumitur progredi ultra decennium, ut cum Covar: notat Pal. *l. cit.*

49

Quaeritur 4. quaenam jura et obligationes ex defectu legitimae possessionis praescribi non possint? Resp. pro regula generali esse a

nemine praescribi rem, aut jus aliquod posse, cujus possidendi est incapax, nam qui capax non est possidendi, etiam capax non est praescribendi. Et tale est

1. *Matrimonium carnale*; hoc enim nulla temporis praescriptione coalescere potest, si nulliter sit contractum, vel disjungi, si contractum, sit valide ; quia cum solo consensu eoque ab ecclesia approbato ineatur , quanticumque temporis diuturnitas ex non conjugibus efficere non potest conjuges ; aut e contra ex conjugibus non conjuges; quia semel contractum legitime fit insolubile ; ut adeo et possessio libertatis in iis , qui cum veri sint conjuges , pro talibus tamen sese non gerunt ; et obligationis matrimonialis in illis, qui cum verum matrimonium inter eos non consistat , ut conjuges tamen cohabitant, sit illegitima. Ex quo sequitur, post quanticumque temporis cohabitationem separandos putatitios conjuges, si vitium detegatur; veros autem conjuges ad cohabitandum compellendos, si praetextu nullitatis unus ab altero invito discesserit.

50

2. *Matrimonium spirituale* , seu *professio religiosa*; nam haec per viam praescriptionis nec induci, nec valide emissa dissolvi potest ; quia solo consensu profitentis emittitur, sola pontificis dispensatione dissolvitur hinc absque consensu profitentis de novo posito , saltem tacito, quantocunque tempore in religione vixerit, invalide emissa professio non convalescit; sicut e contrario emissa valide, quantocunque tempore professus in saeculo extra obedientiam vixerit , nullo modo dissolvitur; ratio est, quia absque consensu professi religio professi sui, et absque dispensatione pontificia, professus libertatis ab obedientia regulari possessionem legitimam nullam habet , quae ad praescriptionem sufficiat, et vel religioni jus aliquod in professum, vel professo libertatem a contracta per professionem obligatione tribuat.

3. *Exercitium ordinis sacri*; ubi distinguendum inter actus ordinis, an certum ordinem jure divino an solum humano ecclesiastico exigant; nam si divino, prout ordo sacerdotalis exigitur ad absolutionem sacramentalem is, qui tali ordine caret, simpliciter, si vero humano ecclesiastico, absque privilegio apostolico est incapax exercitii talis ordinis; ut proinde ex defectu possessionis legitimae nullius temporis praescriptione jus ad actus hujusmodi exercendos tribui possit talem ordinem non habenti.

51

4. *Jus decimandi* , *et alia spiritualia* , quae possidere laici absque apostolico privilegio nequeunt, respectu eorundem laicorum; nam etsi praescribere isti decimis possunt, nequeunt tamen praescri-

44 *

bere ipsas decimas; et ratio est, quia dum decimis praescribunt, praescribunt libertatem ab iis solvendis, cujus laici capaces sunt; dum vero praescribere volunt decimas, praescriberent jus decimandi, cujus cum spirituale sit, possidendi absque privilegio apostolico sunt incapaces. Idem dicendum de jure eligendi ad praelaturas ecclesiasticas, conferendi beneficia etc. de quibus in propriis suis locis.

5. *Exemptio ab obedientia*, quam principi, episcopo, vel alii suo legitimo superiori debent subditi; nam hanc praescribere isti non possunt ullo tempore, quamdiu se subditos fatentur, et pro talibus sese gerunt, prout habetur *cap. cum non liceat* 12. *h. t.* et docent *ibid.* Vivian. *in ration.* Gonz. *n.* 3. Laym. *n.* 3. Pirh. *n.* 21. Vvies. *n.* 137. Ratio est, quia dum aliquis se gerit pro subdito, non est in possessione immunitatis, et exemptionis. Dixi, *quamdiu subditos se fatentur*; *et pro talibus sese gerunt*; nam exemptio ab obedientia praescribi potest mediate, et consecutive, si sc. per praescriptionem tollatur subjectio; quod fieri potest non quidem respectu summi pont. (nam huic fideles omnes jure divino subjecti sunt) sed proprii episcopi, vel alterius praelati ecclesiastici, si subditi istius via praescriptionis transferantur in potestatem, et jurisdictionem alterius, vel omnino eximantur ab inferiore, et subjiciantur soli papae.

52

Quaeritur 5. an praelatus inferior contra episcopum praescribere jurisdictionem, et alia jura episcopalia possit? Videtur non posse; quia si praescribi posset, praescribi ab eo etiam posset collatio beneficiorum, sive institutio, per quam cura animarum traditur; atqui ista per inferiorem contra episcopum praescribi non valet; *cap. ex frequentibus* 3. *de instit. cap. cum satis* 4. *de offic. archidiac.* ergo etc. *Conf.* nam si jurisdictio, et alia jura episcopalia possent praescribi contra episcopum, sequeretur, quod episcopus tali jurisdictione non amplius uti posset; potest autem uti, ut patet ex *cap. per hoc* 17. *de haeret in* 6. et sumitur *arg. l. studentibus* 1. *C. de offic. praef. urb. et l. fin. C. de jurisd. omn. judic.*

Sed his non obstantibus, dicendum posse praelatum inferiorem, v. g. abbatem, archidiaconum etc. per prascriptionem acquirere jurisdictionem, et alia jura episcopalia in certis ecclesiis, si per 40. annos in eorum possessione fuit. Ita deciditur *c. auditis* 15. *et cap. cum olim* 18. *h. t.* et docet Vivian. *in c.* 15. *cit.* Barb. *ibid. n.* 1. Gonz. *n.* 8. Fagn. *in c.* 18. *cit. n.* 10. Laym. *ibid. n.* 2. Vvag. *in cap.* 3. *h. t. V. possessae sunt not.* 2. Pirh. *hic n.* 28. San. *cap.* 7. *n.* 4. *Ratio est*, quia omnia praescriptione acquiri possunt, quae longo tempore acquiri specialiter non prohibentur; *l. usucapionem* 9. *ff. de usurp. et usuc. l. sicut* 3. *et l. omnes* 4. *de praescript.* 30.

vel 40. *ann.* sed jurisdictio, et jura episcopalia, de quibus in praesenti non probibentur acquiri praescriptione: ergo etc. *Conf.* omnia jura, quae praelatus inferior potest possidere, etiam potest praescribere; *cap. olim cit.* atqui praelatus inferior est capax possidendi ea, quae sunt jurisdictionis episcopalis, ut passim habet usus; ergo etc.

53

Porro jura ejusmodi, quae a praelatis inferioribus praescribi possunt, *cap. cum olim cit.* §. *quia praedictus Abb. etc.* octo praecipue enumcrantur 1. jus instituendi, et destituendi clericos in ecclesiis, et capellis sibi subjectis. 2. jus ordinandi clericos, quod intellige de iis ordinibus, quae non requirunt ordinem episcopalem, ut conferri ab aliquo possint 3. Baptismus, ut inferior episcopo jus babeat in ecclesia sua tenendi fontem baptismalem 4. Jus poenitentiam imponendi pro levioribus culpis. 5. Jus sepulturae, seu recipiendi aliquem ad sepulturam libere. 6. Decimarum perceptio, sc. quartae decimarum, quae de jure ad episcopum spectat. 7. Jus celebrandi divina in ecclesiis episcopo subjectis 8. potestas excommunicandi, interdicendi, absolvendi clericos, et ecclesias saeculares sibi subjectas.

Duo autem circa jurium istorum praescriptionem notanda sunt. *Primum est*, quod ad ejusmodi praescriptionem requirantur 40 anni, et quidem cum titulo colorato; quia jus commune resistit; sine titulo autem tempus immemoriale. *Alterum est*, quod exercens jurisdictionem in certis articulis etiam cum intentione acquirendi universalem possessionem jurisdictionis in omnibus articulis conjunctis, non praescribat, nisi in iis articulis, in quibus jurisdictionem exercuit, si alius, videlicet ordinarius, sit in possessione illorum jurium, vel articulorum; quia non plus praescribit quis, neque extenditur praescriptio de jure ad jus, vel de casu ad casum similem, cum sit stricti juris, prout sumitur ex *c. auditis* 15. *hoc tit.* et notat gloss. *ibid. V. interruptionem*, Abb. *in c.* 18. *cit. n.* 6. Pirh. *hic n.* 31.

54

Sic explicatae, et limitatae responsioni nostrae non obest ratio dubitandi desumpta praecipue ex *c. ex frequentibus citat.* nam, ut Gonzal. *in c.* 15. *cit.* docet, in eo textu solum reprobatur consuetudo, vel praescriptio, per quam clerici recipiebant beneficia ab his, qui potestatem ea conferendi non habebant, et sine authoritate alicujus legitimi superioris, ad quem ea spectabant: unde pontifex in eo textu petit consensum episcopi, vel officialium. Per quod tamen non vult excludere alios, qui privilegio, vel praescriptione legitima instituendi potestatem habuerint: imo eos tacite admittit, dum non

simpliciter agit de episcopis, et eorum officialibus, sed adjecit, *qui de jure possunt*; constat autem, quod illi, qui contra episcopum legitima praescriptione se tuentur, possint praedictam institutionem dare; ergo praedictis verbis eos comprehendit pontifex.

Ad conf. distinguendum est; nam si praelatus inferior jurisdictionem episcopalem praescripsit contra episcopum privative, verum est, quod episcopus in loco, ubi ita praescriptum est, uti jurisdictione sua non possit; nihil autem ipsum impedit ab usu jurisdictionis, si praescripsit inferior cumulative cum episcopo. Porro *privative* praescripsit praelatus inferior, si per tempus lege definitum solus exercuit jurisdictionem, et alia jura episcopalia: *cumulative*, si exercuit juxta episcopum, nisi ex titulo, vel aliunde appareat, quod voluerit jurisdictionem praescribere privative. Neque dicas, hoc modo interrumpi praescriptionem, si interea episcopus usus jurisdictione sua fuit; nam tantum interrumpitur privative, non cumulative: et ratio est, quia praescriptioni jurisdictionis cumulativae non adversatur usus episcopi; sed solum exclusio, qua volens praescribere excluderetur ab actu, ut notat Gonzal. *loc. cit. n.* 9. *in fin.* Unde magnum est discrimen inter praescriptionem cumulative, et privative factam; nam ut interrumpatur praescriptio privative facienda, sufficit unicus actus exercitus ab episcopo ad interrumpendam praescriptionem praelati, etiamsi non prohibeat praescribentem ab usu jurisdictionis, ut recte advertit Pirh. *hic n.* 29. ubi dat rationem, quia cum episcopus per unicum actum jurisdictionis jus, et possessionem retinuerit, cons. etiam impedivit, quominus praelatus inferior privative praescriberet.

§. IV.

De bona fide necessaria ad praescribendum.

SUMMARIUM

55

Bona fides nihil aliud est, quam *judicium, quo quis prudenter statuit, rem, quam possidet, suam esse, vel saltem non alienam esse*. Huic opponitur *mala fides*; hac *possidere quis dicitur, qui scit, vel credit, rem, quam possidet alienam esse, vel non esse suam*. Potest autem bona fides dupliciter accipi, theologice, et civiliter: *Priori acceptione* nomen *fidei* pro conscientiae judicio sumitur, quo modo etiam illam accepit Apostolus, *quod non est ex fide, peccatum est*; Rom. 14. i. e. qui non ex conscientia agit, peccat. Proin *bona fide theologica* rem ut suum possidere nihil aliud est, quam sine peccato possidere. *Civiliter* bona fide rem possidet, cum possessio ex lege non habet vitium, quo impediatur praescriptio. Prior sine posteriore ad praescribendum non sufficit; et patet ratio; praescriptio enim legibus civilibus, approbante jure canonico, ut *n.* 4. dictum est, publici boni causa est introducta; igitur ubi lex usucapionem, seu praescriptionem inhibet, bona fides (intellige, theologica) usucapienti nihil prodest, ut ait Pomponius *l. ubi lex* 24. *princ. ff. de usucap.* Hoc etiam sensu dicitur; *l. sed etsi* 25. §. *si ante* 7. *ff. de haered. petit.* Post litis contestationem omnes malae fidei possessores esse, intellige civili consideratione, propterea, quod leges ab eo tempore procedere usucapionem prohibeant.

56

Quaeritur 1. an necessaria ad praescribendum sit bona fides? Videtur non esse necessaria; nam 1. adversus legem civilem, et canonicam praescribi potest: quod fieri non posset, si ad omnem praescriptionem requireretur bona fides; vel enim is, qui praescribit, scit illam legem esse latam, adeoque obligare, et tunc peccat, si contra illam agat, et eam non observet, sicque non erit in bona fide; vel ignorat legem illam, et tunc iterum non potest praescribere ob errorem juris, qui, ut infra dicam, praescriptionem impedit. 2. Consuetudo contra jus positivum introduci potest etiam cum peccato, iterando sc. actus contrarios legi: igitur similiter praescriptio etiam cum mala fide introduci potest, dum completa, et perfecta sit. 3. Jus civile, quo introductam fatemur praescriptionem, admittit factam sine bona fide; nam in praescriptione longi temporis bonam fidem solum requirit ad inchoandam praescriptionem, ut habetur §. *diutina* 12. *inst. de usucap. l. un. C. de usucap. transform.* in praescriptione autem longissimi temporis 30. vel 40. annorum idem jus bonam fidem ne initio quidem requirit; *l. siquis* 8. §. *quodsi quis* 1. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.*

57

Verum his non obstantibus, est indubitata sententia, bonam fidem necessario requiri ad omnem praescriptionem, et quidem non initio tantum, sed etiam in prosecutione usque ad complementum ejusdem, ita, ut quocunque tempore mala fides supervenerit currente praescriptione, praescriptio cesset currere. Ita TT. et JCti communiter omnes, et evincunt aperti textus; *cap. vigilanti* 5. *hoc tit. cap. fin. eod. et reg. possessor* 2. *in* 6. ibi; *Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit. Ratio est*, quia qui sciens rem alienam detinet, contra conscientiam agit, et peccat juxta textum Apostoli *n.* 55. allegatum, *quod non est ex fide*, *peccatum est*; igitur valere non potest praescriptio, quae fit sine bona fide; alioquin lex praescriptionem inducens esset nutritiva peccati.

Neque obstant rationes allatae in contrarium *Ad* 1. eo argumento solum probatur, quod primi, qui contra legem rite promulgatam, et receptam agunt, praescriptionem adversus illam ex defectu bonae fidei inchoare non possint; at vero successores eorum, si viderint legem illam ab antecessoribus non fuisse observatam, credere possunt eos justam causam, et titulum habuisse ita agendi, et sic tutante eos bona ipsorum fide, contra legem tempore requisito praescribere poterunt. *Ad* 3. lata est disparitas inter consuetudinem, et praescriptionem: nam praescriptio principaliter dicit acquisitionem, et per illam authoritate legis directe, et principaliter praescribenti

commodum sequitur, qui si malam fidem habere posset, commodum sentiret ex proprio peccato, quod fieri non debet, ne sic invitentur homines ad peccandum. Simile quid nihil contingit in consuetudine; quia haec non acquisitio, sed lex est non scripta, introducta ad jus inter subditos constituendum. Neque obstat, quod per eam inducatur liberatio ab observatione legis, et sic ex illa etiam peccantibus emolumentum nascatur; nam emolumentum hoc secundarium est, et non tam peccantibus, quam toti populo quaeritur. *Ad* 3. leges illae civiles admittentes praescriptionem cum mala fide, per jus canonicum merito abrogatae sunt, cujus constitutio, cum agatur de periculo animae, etiam in foro civili est observanda.

58

Quaeritur 2. an in omni praescriptione necessaria sit bona fides? Non esse necessariam ad omnem praescriptionem etiam de jure canonico, videntur probare 1. textus *cap. fin.* §. *in aliis ut lit. non contestat.* ubi missus in possessionem causa rei servandae tandem rem ipsam praescribit; sed hic bonam fidem habere non potest; quia scit rem alienam esse. 2. *cap. cura* 11. *de jur. patron.* clericus, cui laico ecclesiam vacantem contulit, jubetur privari beneficio, *nisi legitima fuerit praescriptione munitus*: igitur supponitur, quod praescriptio in eo casu fieri potuerit, sed eo casu aberat bona fides; quia clericus ille scire debebat laico nullum competere jus in rebus ecclesiasticis, et cons. illud ab eo in clericum transferri non potuisse. 3. *can. placuit* 15. §. *potest caus.* 16. *q.* 3. habentur haec verba: *Bona vero fides non ad tractum medii temporis, sed ad initium possessionis refertur; sufficit enim in initio cujusque bona fide possidere coepisse, etiamsi medio tempore scientiam rei alienae habuerit*: ergo saltem non pro toto tempore, quo currit praescriptio, bona fides est necessaria.

59

Sed certa est sententia, bonam fidem necessariam esse in omni praescriptione. Patet ex textibus, et ratione *n.* 57. allegata. *Et confirmatur*; quia finis juris canonici est vitare peccata, et saluti animarum consulere; *c. ut animarum* 2. *de constit. in* 6. *c. solitae* 6. *de major. et obed.* atqui semper est injustitia retinere rem alienam, quam quis scit alienam esse: ergo etc.

Procedit responsio, ut ne quidem tempus 100. annorum, aut immemoriale purget malam fidem, ut colligitur ex *reg. possessor cit.* ubi dicitur, *possessorem malae fidei ullo tempore non praescribere: et c. vigilanti* 5. *hoc tit.* asseritur *nulla antiqua dierum possessio aliquem malae fidei possessorem juvare*: item *c. fin. eod.* Innocentius III. statuit, *in nulla temporis parte* debere adesse *rei*

conscientiam alienae ; qui textus cum contineant universalem negativam, recte ex iis colligitur, ne quidem immemoriali tempore cum mala fide praescribi posse. Accedit ratio, quia praescriptio cum mala fide per jus canonicum sublata est, quia qui detinet rem alienam sciens alienam esse, peccat; atqui tanto gravius quis peccat, quanto diutius rem alienam detinet: igitur per quamcunqne longissimam detentionem, si mala fides perseveret, vitium non purgatur.

60

Neque in hoc leges civiles, quae, ut *n.* 57. dixi praescriptionem cum mala fide permittunt, curari debent; nam ea, quae jure naturali prohibita sunt, nulla juris civilis constitutione permitti, aut honestari possunt: est autem contra jus naturale non reddere rem alienam: ergo jus civile non potuit, superveniente mala fide, usucapionem permittere; alias lex esset nutritiva peccati. Potest quidem lex humana aliquando ad vitanda majora mala permittere peccata, et ea non plectere, sicut defacto alicubi tolerantur lupanaria etc. at authoritatem peccatis praestare, et praemiis propositis ea fovere ob nullam boni publici causam potest: fieret autem istud, si compleri posset praescriptio cum mala fide: ergo etc.

Argumenta in contrarium opposita non urgent. *Ad* 1. non obest, quod missus in possessionem decreto judicis sciat rem alienam esse; quia talis scientia non est injustae possessionis: igitur fidem malam non facit. *Ad* 2. ut *n.* 29. dixi *c. cit.* sermo est de ecclesiis non in beneficium, et titulum, sed in proprietatem concessis; quo modo praescribi possunt, cum bona tamen fide, si sc. laicus eam donans existimaretur jus habere in illa tanquam patronus ejusdem. *Ad* 3. textus ille est Gratiani, qui juxta leges civiles locutus est, et ideo non curandus.

61

Quaeritur 3. an bona fides requiratur etiam in praescriptione actionum, et obligationum? Negant Host. *in summ. hic* §. *quae res praescrib. poss. col.* 1. Bartol. *in l. sequitur* §. *si viam ff. de usucap.* et nonnulli alii. Ducuntur 1. quia textus juris canonici, bonam fidem in praescriptione exigentes, loquuntur tantum de praescriptione rerum, non de praescriptione actionum; *c. fin hoc tit. et reg. possessor.* 2. *in* 6. 2. *c. placuit* 1. *hoc tit.* episcopus jurisdictionem in locum, a se ad unitatem fidei conversum, praescribit triennio, quantumvis sciat, eum alterius jurisdictioni subjectum esse. 3. libertas a servitute rustica a domino fundi servientis praescribitur, quantumvis hic sciat eam deberi, ut colligitur ex *l. sicut* 13. *C. de servit.* ibi: *ut omnes servitutes* (rusticae) *non utendo amittantur* : 4. simili

modo actioni ad poenam adversus delinquentem, et poenae ipsi a delinquente, et ejus haeredibus praescribi potest, etiamsi sciant eam actionem adversum se competere, et eam poenam pro illa culpa esse debitam; *l. neque* 2. *C. de vectigal. et commiss.* 5. venditor, rei venditae vitium sciens, ac proinde mala fide, *actoris redhibitoriae* sex mensium, et *actioni quanti minori* unius anni, imo in Bavaria utrique actioni 14. dierum spatio praescribit, ut dein emptor, ad redhibitionem, et contractus rescissionem, vel restitutionem ejus, quanto minoris rem emisset, non amplius audiatur; *l. sciendum* 18. §. *fin. l. redhibere* 21. *ff. de aedil. edict. et Lambrecht tit.* 6. *art.* 4.

62

Sed retinenda est affirmativa sententia, quam etiam defendunt Covar. *reg. possessor. part.* 2. §. 11. *num.* 3. *et seqq.* Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 63. Molin. *tract.* 2. *D.* 66. *a num.* 1. Less. *lib.* 2. *cap.* 6. *dub.* 6. Laym. *lib.* 3. *theol. tract.* 1. *cap.* 8. *n.* 12. Pal. *tract.* 31. *D. un. part.* 22. §. 6. *num.* 3. Haun. *tom.* 1. *tract.* 5. *num.* 191. Vviest. *hic num.* 32. et hoc teste communiter TT. et JCti. Ratio est insinuata; quia sc. nulla praescriptio cum mala fide, quae peccatum sit, concedenda est ex *cap. fin. hoc tit.*

Et hinc cadit *argumentum* 1. sententiae oppositae; nam esto, de actionibus, et obligationibus textus *citt.* nihil meminerint, in his tamen ratio, ob quam jus civile a canonico correctum est, aeque procedit, ac in rebus, cum in his omnibus peccatum sit, si cum mala conscientia possideantur; igitur cum agatur de peccato vitando, ob rationis paritatem *citt.* textuum constitutio extendenda est. *Ad* 2. possessio episcopi in casu *c. placuit cit.* non est malae fidei, cum non sit conjuncta cum peccato, quippe cui authoritatem ipsum jus praestat. *Ad* 3. dominus praedii servientis non constituitur in mala fide per hoc, quod sciverit a praedio suo servitutem deberi alteri; quia non debetur, nisi petat is, qui jus habet ejusmodi servitutis. *Ad* 4. qui scit a se deberi poenam, simul scit eam a se non deberi, nisi quando exigitur; unde non offerendo illam ultro, in mala fide practica non constituitur. Aliud est in iis debitis, quae solvere aliquis non in modum poenae, sed in compensationem damni, aut alia quacunque ratione obligatur; nam haec ab eo, qui scit se debere, vel culpabiliter ignorat, non praescribuntur, etsi creditor non petat solutionem eorum; quia licet hic taceat, terminus tamen elapsus, pro quo conventum est de solutione praestanda, ipsaque dies interpellat, vel si indefinite contractum sit, semper manet obligatio illud solvendi, quamdiu prudenter praesumi nequit id remissum a creditore. *Ad* 5. duae illae, et siquae

aliae similes actiones, ad eas temporis angustias redactae, minuendarum litium, et publici boni intuitu a jure potius extinguuntur, quam lapsu temporis praescribuntur; neque etiam extinguuntur aliter, quam pro foro externo; in foro interno enim remanet obligatio conscientiae ad omnis damni dolo dati refusionem. Simili modo statui posset etiam in aliis debitis, ut casu, quo creditor infra 10. e. g. annos debitum personale non exigit, debitor, manente obligatione solvendi illud in conscientia, ab actione tamen, contra se instituenda, securus fiat; serviret enim hujusmodi statutum ad excitandam diligentiam, et vigilantiam creditorum, litesque intricatas vitandas.

63

Quaeritur 4. an fides dubia obicem praescriptioni ponat? Videtur ponere; nam 1. bona fides in eo consistit, ut quis rem, quam possidet, suam esse credat; qui autem dubius est, etsi non credat esse alienam, non tamen credit esse suam: 2. qui recipit, vel retinet rem, de qua dubitat, an aliena sit, exponit se periculo retinendi rem alienam; ergo peccat, et cons. bonam fidem non habet: 3. conjux, qui dubitare incipit, an matrimonium a se celebratum sit validum, non potest petere debitum; ergo quia conscientiam dubiam habens constituitur in mala fide: 4. si dubitetur, an minor septennio habuerit consensum requisitum ad sponsalia, quae fecit, sustinentur sponsalia, et impedimentum publicae honestatis ex eis nascitur; *c. juvenis* 3. *de spons.* ergo quia dubius scienti aequiparatur: 5. dubius in re fidei divinae eodem modo censetur haereticus, atsi contra eam aliquid pertinaciter asseruisset; ergo etiam dubius, an retineat rem alienam, perinde haberi debet, acsi reipsa retineret rem alienam.

64

Sed respondendum est distinguendo, an dubium superveniat praescriptioni jam inchoatae, an vero adsit initio coeptae praescriptionis.

Si hoc secundum praescriptionem impedit. Conveniunt in hoc facile DD. omnes, et colligitur ex *l. bonae fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin. et l. un. vers. hoc tantummodo cod. de usucap. transform.* Ratio est, quia ut aliquis rem, quam ante non habuit, licite sibi vendicare incipiat, necesse est, ut determinate judicet eam vel nullius esse, vel legitimo titulo ad se pertinere; nam si dubitat, inique facit eam sibi usurpando, cum non sit melior sua, quam alterius conditio.

Si primum, nonnulli *cum Sot. lib.* 4. *de just. q.* 5. *art.* 4. censent impediri praescriptionem. Sed communis DD. negat, nisi dubium

sit practicum. Ita nominatim gloss. *fin. in cap. fin. hoc tit.* Abb. *ibid. num.* 39. Covar. *reg. possessor. p.* 2. §. 7. *num.* 3. Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 65. Molin. *tr.* 2. *D.* 63. *num.* 9. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *num.* 10. Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 11. Pal. *tr.* 32. *D. un. p.* 22. §. 7. *n.* 1. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 179. Pirh. *hic n.* 56. Vviest. *n.* 39. id desumentes ex *can. si virgo* 5. *caus.* 34. *quaest.* 1. ibi, *tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum.* Huc etiam faciunt omnia jura, quae statuunt dubitantem haberi pro ignorante; *l. fin. cod. de condict. indebit. l. si incertus* 1. *ff. de legat.* 3. *l. in totum* 76. *ff. de R.J.* Ratio est, quia tunc procedit regula, *in dubio melior est conditio possidentis*, quae est 65. *in* 6. Debet tamen, qui sic cum dubio post inchoatam praescriptionem rem quandam possidet, moralem diligentiam adhibere, ut sciat, an res sit aliena: qua adhibita, si de domino rei nihil comperiat, in conscientia tutus est.

65

Addidi, *nisi sit practicum*; nam dubium practicum interrumpit praescriptionem etiam inchoatam, ut cum communi docet Azor *p.* 3. *l.* 1. *c.* 18. *q.* 2. Less. *c.* 6. *cit. n.* 13. Pal. §. 7. *n.* 3. Pirh. *hic n.* 58. et alii *supra*. Ratio est, quia tale dubium pugnat cum bona fide, ut habetur *l. si fur.* 32. §. *siquis* 1. *ff. de usurp. et usuc.* Et certe ita dubitans, an licite possit rem retinere, si nihilominus retinet, hoc ipso peccat, tum quia se exponit periculo peccandi, tum quia quod non est ex fide, h. e. quod non fit cum determinato judicio conscientiae esse licitum, peccatum est.

Neque aliud probant rationes allatae in contrarium. *Ad* 1. non tantum is bonam fidem habet, qui positive credit rem esse suam, sed etiam cum post adhibitam sufficientem diligentiam nescit esse alienam, ut colligitur ex *cap. fin. h. t. Ad* 2. id verum est de eo, qui incipit possessionem rei cum dubio, non vero de eo, qui possessionem bona fide coeptam, dubio superveniente, continuat, nisi omittat moralem diligentiam in inquirendo. *Ad* 3. ut paritas sit, debet utrinque poni dubium practicum, quo casu praescriptionem non procedere, supra dictum est. *Ad* 4. eadem est responsio. *Ad* 5. Fides divina debet esse firmissima, adeoque excludere qualecunque dubium; in praescriptione autem sufficit fides simplex, quod res aliena non sit, cui non officit speculativum dubium, nisi quando cum tali dubio inchoatur praescriptio.

Dices: cum tali dubio non licet inchoare praescriptionem: ergo nec continuare. Resp, *N. Conf.* nam quod continuari cum tali dubio praescriptio possit, est beneficium possessionis bona fide captae cir-

ca ejusmodi rem, quod dici non potest, quando dubium initio praescriptionis adest.

66

Quaeritur 5. an, qui ex ignorantia rem ut suam usurpat, habeat bonam fidem requisitam ad praescriptionem? *Certum est* 1. non habere bonam fidem, adeoque praescribere non posse, qui rem alienam possidet, ex ignorantia vincibili, et affectata putans esse suam; Molin *trac.* 2. *de just. D.* 64. *n.* 2. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 8. *n.* 1. Pirh. *hic n.* 59. Ratio est, quia praescriptio cum tali ignorantia non potest fieri sine peccato mortali; talis enim credulitas aequivalet scientiae rei alienae, adeoque praescriptio ex illa orta non minus reprobata est jure canonico, quam ea, quae fit ex conscientia rei alienae.

Certum est 2. quod ignorantia invincibilis facti non excludat bonam fidem ad praescribendum necessariam; Less. *l.* 2. *de just. c.* 6. *n.* 16. *et* 18. Haun. *to.* 1. *tr.* 5. *n.* 195. Pirh. *hic n.* 60. Ratio est; quia ignorantia inculpabilis facti, sicut excusat a culpa, ita neque impedit bonam fidem, vel praescriptionem, cum non sit a jure reprobata: talem habet, qui rem accepit a fure nesciens esse furem; vel a praelato rem ecclesiae, credens capitulum consensisse. Imo ejusmodi error facti cuilibet praescriptioni aunectitur, cum praescribens credat rem possessam sibi competere, quae tamen revera eidem non competit.

Certum est 3. praescriptionem non impediri per ignorantiam juris non liquidi, sed dubii, et controversi; Molin. *D.* 64. *cit. n.* 13. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *cap.* 8. *n.* 12. Haun. *to.* 1. *tr.* 3. *n.* 206. cum ceteris *supra.* Ratio est, quia jus controversum, et circa quod sunt diversae probabiles sententiae DD. relinquit utramque partem probabilem, ut adeo in praxi, quam quis velit, amplexari possit bona fide, et conscientia. Accedit, quia de ratione juris, seu legis est esse manifestam *can. erit* 2. *dist.* 4. *ibi, manifesta quoque.* Igitur jus dubium, et incertum proprie non est jus, ac proinde ignorantia illius ignorantia juris dici non potest.

67

Tota igitur controversia in id tandem cadit, an ignorantia invincibilis juris clari, et indubitati constituat malam fidem, et impediat praescriptionem? Videtur non impedire praescriptionem 1. quia jus canonicum *c. vigilanti* 5. *h. t.* solum eam malam fidem excludit a praescriptione, quae peccatum constituit; at ignorantia juris invincibilis nullum inducit peccatum; ergo etc. 2. *c. pervenit* 4. *de empt. et vend.* donatarius contra repetentem domum, ex donatione invalida,

adeoque cum ignorantia juris acquisitam, se defendit praescriptione 3. Ignorantia ista eo ipso, quod sit invincibilis, est inculpata, et cons. apta bonam fidem inducere, quae ad praescribendum sufficiat; *arg. l. sed et si* 25. *§. quod* 6. *ff. de haeredit. petit.*

Sed verius est juris manifesti ignorantia praescriptionem ordinariam impediri, nisi persona volens praescribere talis sit, in qua ejusmodi ignorantia toleretur. Ita Abb. *in c.* 12. *h. tit. n.* 8. Covarr. *reg. possessor p.* 2. §. 9. *n.* 8. Azor. *p.* 3. *l.* 1. *c.* 18. *q.* 5. Fachin. *l.* 8. *contr. cap.* 28. Mol. *D.* 64. *cit. n.* 4. Laym. *c.* 8. *cit. n.* 11. Less. *cap.* 6. *n.* 14. Pax Jord. *lib.* 14. *t.* 24. *n.* 143. Haun. *to.* 1. *tr.* 5. *n.* 198. Vall. *hic* §. 3. *n.* 2. Zoes. *n.* 16. Pirh. *n.* 61. Engl. *n.* 15. Konig. *n.* 36. Vvies. *n.* 46. Ratio est, quia praescriptio est modus acquirendi dominium jure humano inventus, et introductus. Ergo locum non habet, ubi eandem prohibet jus humanum. Sed stante ignorantia juris clari eandem prohibet; *l. nunquam* 31. *ff. de usurp. et usuc. l. juris* 4. *et l. seq. ff. de J. et F. J. l. pro emptore* 2. *§. si a pupillo* 15. *ff. pro emptor. l. quemadmodum* 7. *C. de agric. et censit.*

Proceditque responsio, ut ejusmodi errans, utcunque physice in bona fide sit, ne quidem in conscientia uti jure praescriptionis possit; quia leges hic non fundantur in praesumptione vera malae fidei, sed errantem in ficta mala fide constituunt, et nolunt, ut error juris ad lucrum, et commodum praescriptionis prodesse valeat.

68

Dixi autem 1. *errorem juris manifesti impedire praescriptionem*, intellige, rei, quae cum ejusmodi ignorantia possidetur; nam talis ignorantia, seu error inculpatus sufficit ad praescribendos fructus ex tali re bona fide perceptos, atque consumptos. Ita *l. cit.* Laym. Vall. Pirh. *n.* 63. Ratio est, quia error circa fructus videtur esse error facti; existimat enim possessor se illos percipere ex re sua: ignorantia autem facti, ut dictum est *n.* 66. ad praescriptionem prodest.

Dixi 1. *Praescriptionem ordinariam*; nam tricenariae, et quadragenariae praescriptioni ignorantia juris manifesti invincibilis non obest, ut notant Covar. *reg. posses. p.* 2. §. 7. *concl.* 2. Less. *c.* 6. *cit. n.* 17. Haun. *n.* 203. Pirh. *n.* 62. Konig *n.* 37. Vvies. *n.* 47. Ratio est, quia in hac jus civile non exigit bonam fidem vel titulum. Igitur jure civili tricenaria praescriptio valet etiam cum errore juris. Si jure civili valet, valebit etiam jure canonico; nam jus civile in negotio praescriptionis, ut bene advertit Less. *loc. cit.* tantum correctum est quoad malam fidem, quae est cum peccato.

69

Dixi 3. *Nisi persona talis sit, in qua ejusmodi ignorantia toleratur;* nam si ignorantia haec detur in milite, minore 25. annis, mulieribus, rusticis etc. non habentibus copiam peritorum, quos consulant non impedit praescriptionem; nam in his ignorantia juris toleratur, neque inducit praesumptam malam fidem; Less. *c.* 6. *cit. n.* 17. Pal. §. 2. *n.* 4. Haun. *n.* 197. Pirh. *n.* 62. Vvies. *n.* 44.

Neque obstant argumenta allata in contrarium. *Ad* 1. etsi *cap. vigilanti cit.* excludatur sola illa mala fides, quae cum peccato consistit, non tamen inde infertur, eam fidem, quae ex ignorantia juris procedit, admissam esse, sed id relinquitur decisioni aliarum legum; constat autem ex legibus, quas in probatione responsionis *n.* 67. allegavi, ignorantiam juris manifesti obesse praescriptioni. Igitur cum praescriptio vim suam omnem a jure habeat, sequitur cum ignorantia ista juris nullam posse constitui praescriptionem. *Ad* 2. in textu *c. pervenit cit.* sermo est de praescriptione 30. vel 40. annorum, in qua admisimus non obesse ignorantiam juris. *Ad* 3. ex dictis patet bonam fidem theologice, i. e. bonam conscientiam ad usucapiendum requiri, non tamen sufficere, si adsit mala fides civiliter, i. e. quae vitium aliquod ex lege habeat, praescriptionem prohibente: quale vitium etiam habet possessio cum ignorantia juris manifesti.

70

Quaeritur 6. an, et quomodo mala fides authoris noceat, et bona prosit successori ad praescribendum? Pro resolutione adverto, successorem alium dici universalem, alium singularem. *Universalis est*, qui titulo universali, atque in universum jus defuncti succedit, uti est, qui succedit titulo haereditatis, etiamsi praeter ipsum adhuc sint alii cohaeredes. *Successor singularis, seu particularis est*, qui ex titulo singulari v. g. emptionis, donationis, legati etc. rem ab alio consequitur. Rursum successor, et haeres alius est *immediatus*, qui nempe ipsi defuncto immediate succedit; alius *mediatus*, qui haeredis defuncti haeres est. His notatis

Resp. 1. Bona fides authoris prodest successori tum singulari, quam universali; ita, ut nisi mala fides supervenerit, in re aliqua succedens bonae fidei possessori possit etiam computari tempus antecessoris sui, et accessione illius temporis, quo antecessor rem bona fide possedit, complere praescriptionem; Molin. *tr.* 2. *D.* 65. *n.* 3. Laym. *lib.* 3. *tr.* 1. *cap.* 8. *n.* 17. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 218. Pirh. *hic n.* 65. Konig. *n.* 40. Vviest. *n.* 48. et perspicue traditur §. *inter* 13. *inst. de usucap. l. id tempus* 14. *ff. eod. et l. Pomponius* 13. §. *cum quis* 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ratio est, quia author tra-

dit rem successori cum omni jure, quod ipse habuit; est autem pars juris coepisse praescriptionem; ergo etc. hinc si Petrus, e. g. fundum alienum bona fide vendit Paulo, quem quinque annis possedit, poterit Paulus, bona fide eundem emens, complere praescriptionem, si rursus aliis quinque annis inter praesentes eundem bona fide possideat, §. *inter cit.* imo si defunctus possidebat bona fide, sed sine titulo, ideoque indigebat longiore tempore ad praescribendum, ejus haeres, si non sit suus, sed extraneus, poterit breviore tempore praescribere; quia incipit bona fide possidere, et cum titulo haereditatis, ut bene Pirh. *hic n.* 74. Dixi, *si sit extraneus*; nam si haeres suus sit, nisi velit renuntiare titulo suitatis, non potest breviore tempore praescribere, sed tempus antecessoris sui continuare debet usque ad tempus requisitum ad complendam praescriptionem sine titulo: et ratio est, quia haeres suus censetur fictione juris continuare dominium defuncti tanquam unus, et idem cum defuncto, ideoque cum etiam ante aditam haereditatem acquirat dominium illius rei, non censetur habere novum titulum ad acquirendum dominium rerum haereditariarum, et cons. ad praescribendum. Addidi; *nisi velit renuntiare titulo suitatis*; nam hoc potest, ita, ut succedat non tanquam suus, sed titulo agnationis, vel cognationis, aut successionis, jure praetorio, ut filius emancipatus, secundum quod non spectatur suitas, vel patria potestas: et tunc jam habebit titulum ad praescribendum suo nomine.

71

Resp. 2. mala fides authoris non nocet successori singulari, quo minus possit rem praescribere, inchoando a propria possessione bonae fidei; §. *diutina* 12. *inst. de usucap. l. an vitium* 5. *ff. de divers. temporal. praescript.* Covar. *reg. possessor. p.* 2. §. 9. *n.* 8. Azor. *part.* 3. *lib.* 1. *cap.* 18. *q.* 7. Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 66. Molin. *tr.* 2. *D.* 65. *n.* 1. Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 44. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *cap.* 8. *n.* 18. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 9. *n.* 1. et ceteri passim. Ratio est, quia successor particularis non repraesentat authorem, et cons. licet author communicet illi omne jus, quod ipse circa rem illam habuit, quam successori particulari concedit, non tamen hoc ipso communicat ei vitia personalia. Igitur mala fides authoris non poterit successori particulari obesse ad praescriptionem. *Excipitur* 1. si succedat in re, quae vitio reali affecta censetur, v. g. quia furtiva, aut violenter occupata; nam ista usucapi non potest saltem tempore ordinario, ad quoscunque pervenerit, nisi purgetur vitium, ut dictum est *supra n.* 37. *Excipitur* 2. si res sit immobilis, et possideatur, vel alienetur ignorante illo, ad quem pertinet; haec enim licet alias infra 10. aut 20. annos praescribi pos-

set, ab eo tamen, qui ita accepit a possessore malae fidei, praescribi non potest, nisi tricennio, ut habetur *auth. malae fidei cod. de praescript. long. temp.*

72

Resp. 3. probabilius successor universalis, et immediatus, quamvis sit bonae fidei, rem tamen ab authore mala fide possessam, sibique haereditate relictam, non potest de jure communi praescribere praescriptione ordinaria; §. *diutina* 12. *inst. de usucap. l. cum haeres* 11. *ff. de divers. tempor. usucap. l. fin. C. communia de usucap.* Abb. *in cap.* 17. *hoc tit. n.* 29. Covar. *reg. possessor. p.* 2. §. 9. *n.* 1. Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 66. *et l.* 8. *c.* 27. Azor. *p.* 3. *lib.* 1. *cap.* 18. *q.* 7. Molin. *tr.* 2. *D.* 65. *n.* 4. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *n.* 18. Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 42. Pal. *p.* 31. *D. un. p.* 22. §. 9. *n.* 1. Pax Jord. *lib.* 14. *tit.* 24. *n.* 36. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 208. Ratio est, quia cum ejusmodi successor, seu haeres cum defuncto malae fidei possessore censeatur una moraliter persona per juris fictionem, cons. utriusque etiam possessio una erit. Igitur cum possessio authoris ob malam fidem physicam nulla fuerit, etiam successoris ob malam fidem fictam nulla erit, sine possessione autem non currit praescriptio; ergo etc. hinc recte imp. *l. vitia* 11. *C. de acquir. vel retin. possess. vitia possessionum,* inquiunt, *a majoribus contracta perdurant, et successorem authoris sui culpa comitatur.* Estque hoc adeo verum, ut ejusmodi haeres etiam a se inchoando possessionem usucapionem complere non possit, quia dicta jura loquuntur universaliter, et urget eadem ratio; nam licet accessione defuncti non utatur, tamen non cessat repraesentare personam defuncti, et ejus vitia.

73

Excipitur tamen 1. si haeres praeter titulum haereditatis habeat alium titulum, ex quo praescribat v. g. donationis, emptionis etc. ut si defunctus, rem, quam prius pignori alicui dedit, postea alteri vendidit, et haeres eam emat, vel redimat; tunc enim mala fides defuncti non impedit, quo minus haeres rem illam possit praescribere; quia non titulo haereditatis, sed redemptionis eam possidet; *l. an vitium* 5. §. *ex post facto* 1. *ff. de divers. temporal. praescript.* Molin. *loc. cit. n.* 5. Zoes. *hic n.* 14. Pirh. *n.* 69. *Excipitur* 2. si sit successor in dignitate, vel alio beneficio ecclesiastico; nam huic mala fides antecessoris non nocet; Covar. §. 9. *cit. n.* 7. Zoes. *n.* 14. *cit* Pirh. *n.* 71. Vviest. *n.* 53. Ratio est, quia hic ab antecessore titulum, seu causam non habet, sed a collatore, nec possidet dignitatem, vel beneficium tanquam haeres antecessoris, sed novum jus ex nova collatione consequitur. Igitur vitiis antecessoris non im-

pedietur, quin praescribere rem a se bona, ab antecessore mala fide, possessam possit, modo non utatur accessione temporis, quo antecessor illam mala fide possedit. *Excipitur* 3. nisi aliud obtineat per statuta particularia, et jura municipalia; nam hoc, ut initio *praes.n.* indicavi, tantum procedit de jure communi; de jure nostro bavarico mala fides antecessori etiam successori universali non officit, modo iste non utatur accessione temporis, quo rem praescribendam possidebat defunctus; *Lanbrecht tit.* 9. *art.* 7.

Excipiunt aliqui 4. si praescriptio sit tricenaria, vel quadragenaria. Sed ego distinguo, et nego posse praescribere titulo pro haerede, posse ex titulo praesumpto. *Ratio primi* est, quia quantocunque tempore possideat, semper vitium possessionis manet, et cons. semper impeditur praescriptio. *Ratio* 2. quia tunc novus ille titulus purgat vitium possessionis: unde ex illo praescribere haeres poterit, nisi aliunde resistat lex.

74

Resp. 4. mala fides authoris non obest haeredi mediato, seu haeredis immediati, modo tum hic, tum ille bonam fidem habuerint; nam hic praescribere rem sic a se possessam potest, saltem numerando tempus a sua possessione; Covar. *reg. possessor. p.* 2. §. 9. *n.* 6. Molin. *D.* 65. *cit. n.* 7. Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 43. Pal. *p.* 22. *cit.* §. 9. *n.* 4. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 209. Pirh. *hic n.* 70. Vviest. *n.* 61. Ratio est, quia primus haeres tantum habuit fidem malam fictione juris, ut ponitur, quatenus sc. repraesentat personam defuncti, qui mala fide rem possidebat. Igitur mala fides authoris ad hunc mediatum haeredem non transit; alioquin duplex daretur fictio, quam jura reprobant in una, eademque causa. *Neque obstat*, quod mala fides vera defuncti pariat in haerede fidem fictione juris malam, non enim sequitur, quod haec fides ficta mala haeredis immediati debeat aliam fidem malam fictam parere; causam dat Less. *loc. cit.* quia fides mala ficta est veluti umbra malae fidei; umbra autem umbram non facit, sed verum corpus. *Neque etiam obstat*, quod obligatio restituendi, et satisfaciendi ex delicto, sive mala fide defuncti orta transeat etiam ad haeredem mediatum, non obstante bona illius fide; hoc enim verum duntaxat est; si ante praescriptionem completam cognoverit rem esse alienam; secus, si bona fide rem illam per tempus a lege praescriptum possederit; sic enim praecedens vitium omnino purgatum, et authoris defuncti conscientia, quantum potest, exonerata jam esse censebitur, quippe quae tamdiu solum obligabat illum ad restituendum, quamdiu aliena esset, qualis esse in casu praesenti desiit

75

Excipiunt communiter DD. si haeres ille mediatus sit haeres suus; hic enim usucapere non potest titulo haeredis; quia, ut notat Less. *loc. cit.* haeredes sui censentur continuare titulum defuncti: unde cum iste non habuerit titulum, utpote haeres mali authoris; nec haeres ejusdem habet. Extraordinaria tamen praescriptione, videlicet 30. vel 40. annorum praescribere etiam iste potest, nisi jus adversetur, ita tamen, ut non liceat uti accessione temporis sui antecessoris, nisi etiam iste praescribere potuerit.

Quod de haerede mediato dictum est, multo magis verum est de eo, qui ab haerede immediato, bona fide rem suam esse existimante, pariter bona fide per emptionem, donationem etc. accepit; nam in hunc multo minus fictio juris continuari potest, cum neque personam haeredis immediati, neque authoris repraesentet.

76

Quaeritur 7. an mala fides antecessorum provinciae, civitatis, collegii, aut alterius universitatis nociva sit successoribus, ut res, vel jura a se possessa nequeant praescribere, etsi habeant fidem bonam. Negant Innoc. *in c. cura* 11. *de jur. patron.* Vasq. *l.* 2. *contr. cap.* 71. *n.* 5. Bald. *de praescript. p.* 2. *pr. p.* 3. *q.* 17. *n.* 3. Gilcken *simili tr. p.* 2. *memb.* 2. *c.* 6. *n.* 22. quos citat, et sequitur P. Wiest. *hic n.* 56. Rationem dant, quia mala fides est quid facti; *l. bonae* 48. §. *item* 1. *ff. de acquir. rer. dom.* et cadere in ignorantem nequit praesertim justa causa, qualem habere censetur, qui in alterius locum succedit juxta *reg. qui in alterius* 42. *ff.* Putaque Gilcken *loc. cit. n.* 24. ad successorum praescriptionem sufficere, si major pars antecessorum, qui mala fide rem alienam possidebant, decesserint, et iisdem totidem alii bonae fidei cives subrogati fuerint; quia ex juris utriusque regula ad omnes refertur, quod publice fit per majorem partem; *c. cum in cunctis* 1. *de his, quae fiunt a major. part. et l. quod major.* 19. *ff. ad municipal.* ut proinde fides bona succedentium potius, quam superstitum pauciorum mala attendi debeat.

77

Sed retinenda videtur affirmativa sententia, et dicendum, si antecessores in aliqua universitate rem aliquam mala fide possederunt, successores eorum, etsi bonae fidei, rem illam neutiquam posse praescribere. Ita Fachin. *l.* 8. *contr. c.* 25. Rath. *tr. de usucap. c.* 2. *n.* 58. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 219. Pirh. *hic n.* 73. testaturque *cit.* D. Rath, ita responsum saepius a facultate juridica Ingolstadiensi, et approbatum a tribus aliis Marburgensi, Coloniensi, et Moguntina. *Ratio* est, quia etsi defunctis civibus novi successerint,

civitas tamen (idem de quavis universitate) semper est eadem, nec mutat possessionem, vel titulum. Igitur cum initio vitiosa possessio fuerit, talis manebit, et cum ea communitas in mala fide. Ex quo sequitur, si monasterium ante 200. vel 300. v. g. annos praedium vendidit alicui civitati, sine debita solemnitate, v. g. absque consensu episcopi, cui monasterium subjectum est, etiam post tantum tempus, si monasterium errorem juris in civitate emente probaverit, repeti praedium illud posse, ut bene advertit Pirh. *loc. cit.*

Ad argumentum contrarium dico id procedere in iis, qui persona ab antecessore diversa censetur; non vero in communitatibus, quae nunquam moriuntur; hinc Bald. *in l. imperium* 3. *ff. de jurisd.* in praescriptione universitatis requirit, ut initio major pars illius bonam fidem habuerit, indeque infert, si haec ab initio non adfuerit, jurisdictionem v. g. in castrum aliquod a populo nunquam praescribi, quod cum idem semper sit numero populus, mala fides semper videatur continuari.

78

Quaeritur 8. an mala fides praelati noceat ecclesiae in negotio praescriptionis? Resp. in hac quaestione sequentes poni regulas. 1. Si notorie constet rem alienam ab ecclesia, vel monasterio possideri, non potest praelatus eam retinere, sed restituere debet; quia ad boni administratoris officium pertinet, ut aliena non retineat cum alterius injuria; *arg. can. generalis* 12. *in fin. dist.* 54. Abb. *in c. fin. hoc tit. n.* 41. Pirh. *n.* 77.

2. Si non sit notorium, quod sit aliena, et solus praelatus sciat alienam esse, videndum, an probare possit alienam esse, vel non. *Si primum*, monere de hoc capitulum deberet; secus, *si secundum arg. can. si tantum* 2. *caus.* 6. *q.* 2. nec tenebitur eo casu rem ejusmodi restituere; quia frustra restitueret; posset enim capitulum restitutam repetere, cum non teneatur credere praelato asserenti rem alienam esse, nisi praelatus hanc suam assertionem probet, Abb. *loc. cit. n.* 42. Pirh. *n.* 77. *cit.* Unde tali casu ex parte capituli dabitur locus praescriptioni, non tamen sine discrimine; nam eo casu

3. Videndum, an res, de cujus praescriptione agitur, communiter possideatur a praelato, et capitulo, vel non. *Si primum*, probabilius locus non est praescriptioni; quia requiritur, ut etiam praelatus sit bonae fidei. Laym. *in c. fin. hoc tit. n.* 7. Pirh. *n.* 78. et ratio est, quia lex praescriptionis est odiosa, et ideo restringenda, ita ut propter malam fidem unius partis destruatur bona fides alterius. *Secundum*, pars habens bonam fidem praescribet, quod

ipsa possidet; non praescribet, si habeat malam, neque proderit malam fidem habenti bona fides alterius, aut vicissim.

79

Quaeritur 9. an mala fides respectu unius impediat praescriptionem respectu alterius? Quaestio formari potest vel de re, quae praescribitur, vel de persona, contra quam praescribitur.

Quoad primum certum est, quod mala fides respectu unius rei, aut juris non impediat praescriptionem alterius rei, vel juris distincti bona fide possessi; quia bona fides solum requiritur respectu illius rei, vel juris, quod praescribitur; Molin. *tr.* 2. *D.* 63. *n.* 13. *et* 14. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 10. *n.* 2. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 181. et alii passim. *Ex quo sequitur* 1. siquis habeat malam fidem circa unam partem fundi, quem possidet, bonam autem circa alteram, eum mala hac fide non impediri, quin legitimo tempore praescribere possit partem fundi bona fide possessam. *Sequitur* 2. siquis sciat rem quidem alienam esse, sed inculpabiliter ignoret alteri in ea competere usumfructum, hypothecam, aut simile aliquod jus, eum praescribere posse quoad haec jura, quae bona fide ignorat, etsi praescribere non possit rem ipsam, quam scit alienam esse. *Sequitur* 3. siquis dubitat, an is, a quo rem emit, vere fuerit dominus ejusdem, putet autem bona fide alio titulo, v. gr. haereditariae successionis rem illam ad se pertinere, hoc titulo eam rem ab ipso praescribi posse.

Quoad alterum respondendum est negative, prout aperte colligitur ex *l. aut qui* 5. §. *siquis* 5. *ff. quod vi aut clam*, et docet Molin. *D.* 63. *cit. n.* 12. Casus esse potest, e. g. Titius possideat fundum, quem putat esse Caji, est autem Sempronii, quod inculpabiliter nescit: in hoc casu dico nec contra Sempronium eum posse praescribere. *Ratio est*, quia tali casu revera et simpliciter subest mala fides, et peccaminosa conscientia, quacum praescriptio saltem jure canonum non potest procedere.

80

Quaeritur 10. an probari a praescribente debeat bona fides possessionis? Resp. Ordinarie probari a praescribente non debet, sed a jure praesumitur; quia in ignorantia consistit, qua quis putat rem esse suam, quae revera est aliena; in jure autem ignorantia praesumitur, ubi scientia non probatur; *l. verius* 21. *de probat et reg. praesumitur* 47. *in* 6. Quare qui malam fidem possessori opponit, ipse probare hanc debet; nam tamdiu se possessor bonae fidei praesumptione tueri potest, quamdiu mala ab adversario non probatur. Idque verum est, etiamsi absque titulo possideat, nisi tamen

contra jus commune possessionem alicujus rei acquisiverit, vel possessionis suae nuper acquisitae rationem nullam afferre possit, aut si postquam denuntiatio eidem facta est rem esse alterius, ipse veritatem neglexerit inquirere.

Detegitur autem, et probatur mala fides ex conjecturis, quarum complures afferunt Menoch. *de arbitr. cas.* 225. *per totum.* Mascard. *de prob. vol.* 3. *concl.* 1004. *per totum*; Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 24. *num.* 49. P. Vviest. *hic n.* 64. *et duob. seqq.* Potissimae sunt 1. si possessor sine titulo rem possideat, et possessio sit recens. 2. si emit rem, postquam denuntiatum ei fuit, non esse vendentis. 3. Si emit, non servatis juris solemnitatibus, statutis pro emptionis contractu. 4. Si praescribens ipse coram aliis dixit, se scire rem illam esse alterius. 5. Si fama existat in vicinia, quod alterius fuerit, quam venditoris. 6. Si hoc testium depositione probetur. 7. Si praescribens primum post adeptam possessionem curavit titulum possessionis consequi. 8. Si occupet rem alienam absente domino. 9. Si contraxit cum insolitis cautelis; nam in hoc dolus praesumitur. 10. Si emit a prodigo, lusore, filiof. etc. 11. Si emit a procuratore vendente rem nomine principalis, et procuratorium tempore contractus non curavit sibi ostendi; nam si postea deprehendatur mandatum fuisse invalidum, vel nullum, emens praesumitur in mala fide. 12. Si penes ipsum possessorem rei existant instrumenta, litterae, et libri eam rem alienam esse perspicue perhibentes; quia quilibet scire, et intelligere praesumitur tenorem instrumentorum, et scripturarum, quae in scriniis, et archivio suo habet, eorum praesertim, quae jura sua concernunt, aut pertinent ad officium, et administrationem. 13. Si alienam esse scire potuit ex jure communi, vel municipali. Ex his, aliisque indiciis poterit judex suum formare arbitrium in conjectanda praescribentium bona, vel mala fide.

§. V.

De titulo ad legitimam praescriptionem requisito.

SUMMARIUM

81

Quaeritur 1. quid hic veniat nomine *tituli*? Resp. *Tituli* nomine hoc loco aliud non venit, quam causa ex se habilis ad transferendum dominium, ut sunt donatio, emptio, permutatio, fideicommissum, legatum, occupatio rei pro derelicto habitae, aditio haereditatis etc. quibus si tradens fuit dominus, et alienandae rei potestatem habuit, ipsum dominium; sin minus, saltem usucapiendi conditionem transfert. Hinc tot sunt tituli usucapiendi, et praescribendi rem alienam, quot sunt causae ex se habiles ad transferendum dominium. Praecipui sunt octo sequentes, pro soluto, pro emptore, pro haerede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote pro suo, de quibus agitur *ff. lib.* 41. *tit.* 4. *et seq. et C. lib.* 7. *tit.* 26. *et seq.* De his longiorem tractationem civilistis relinquo; ego solum brevem terminorum explicationem subjicio.

82

Itaque 1. *pro soluto* usucapit, qui rem indebitam quasi debitam ab eo, qui solvit, bona fide accepit; *l. non solum* 33. §. *si mihi* 3. *ff. de usurp. et usucap.* 2. *pro emptore*, qui revera emit rem alienam bona fide ab eo, quem putabat esse dominum rei, cum non sit, vel qui a domino quidem emit, sed qui alienare non potuit, cum emens inculpabiliter existimaverit eum alienandi potestatem habere. 3. *pro haerede*, qui cum haeres sit institutus, inter res haereditarias possidet rem alienam, quam si defunctus non possedit mala fide, haeres legitimo tempore potest praescribere titulo pro hae-

rede. 4. *pro donato*, qui possidet rem sibi donatam ab eo, qui non erat dominus, sed eum dominum rei esse bona fide credebat; *l. pro donato* 1. *ff. pro donat.* 5. *pro derelicto,* qui rem ab alio, quam domino suo possessam, et ab eo habitam pro derelicto, ut talem apprehendit, et possidet; *leg. id quod* 4. *ff. pro derelict.* 6. *pro legato* qui accepit tanquam legatum, quod legatum non est, vel quod legatum est, ab eo tamen, qui legare non poterat; *leg. legatorum* 1. *et seq. ff. pro legat.* 7. *pro dote*, qui rem alienam bona fide pro dote accipit; *l. Titius* 1. *ff. pro dot.* 8. *pro suo*, qui falso, sed justo, et probabili errore ex aliqua justa causa, qua consuevit acquiri dominium, e. gr. occupationis, alluvionis, fructus rei emptae etc. rem alienam possidet; *l. pro suo* 1. *et seq. ff. pro suo.*

83

Praeter hos titulos sunt adhuc alii, qui ex sententia in judicio lata, transactione, permutatione, societate exsurgent; nam *pro judicato* res judicata usucapitur spatio decem annorum. *Pro transacto* usucapitur res, quae relinquenti actionem, et a lite recedenti transactionis causa traditur ab eo, qui cum non sit dominus rei, putat tamen se dominum ejusdem esse; *l. ex causa* 8. *C. de usucap. pro emptor. vel trans. pro permutato*, cui danti rem suam alteri animo permutandi, ab hoc redditur res aliena, cujus dominium dans non habuit, sed bona fide putabatur habuisse. *Pro socio*, denique, cui soluta societate pars rei alienae obtigit, quae bona fide putabatur esse communis sociorum.

84

Quaeritur 2. utrum ad praescriptionem requiratur titulus? Resp, affirmative. Constat aperte ex *c. si diligenti* 17. *h. t. l. Celsus* 27. *ff. de usurp. et usucap. l. diutina* 4. *et l. seq. C. de praescript. long. temp. l. fin. C. de usucap. pro haered. l. si nulla* 6. *C. de acquir. et retin. poss. l. nullo* 14. *C. de R. V.* Ratio est, quia titulus est, causa, et fundamentum justae possessionis, et sine eo non potest possessionem capiens habere bonam fidem, cum credere nequeat se habere jus possidendi, nisi credat se habere titulum, ex quo jus hoc oriatur. Hinc recte *l. improba* 6. *C. de acquir. et retin. posses.* improba dicitur esse omnis possessio, quae est sine legitimo titulo.
Neque sufficit quicunque titulus: sed requiritur talis, qui ex se sit habilis ad transferendum dominium, licet per accidens non transferat ob intervenientem probabilem ignorantiam, ac justum errorem. Unde conductor, commodatarius, depositarius, colonus, inquilinus rem conductam, commodatam, depositam etc. non possunt praescribere; quia non sunt justi tituli, i. e. habiles, et sufficientes ad transferendum dominium.

85

Et hoc adeo verum est, ut si etiam in praescriptione centenaria, et immemoriali constet praescribentem cum titulo vitioso, et inhabili ad trasferendum dominium possidere, eo ipso nulla sit praescriptio, quippe quae non potest sine bona fide consistere: nequit autem bona fides praesumi, quando constat de titulo vitioso.

Neque obstat, quod magna sit praesumptio pro eo, qui tempore immemoriali possidet; nam praesumptio veritati cedere debet: igitur enervatur praesumptio bonae fidei, quando constat de vitiositate tituli; Fachin. *l.* 8. *contr. c.* 33. Mascar. *de probat. vol.* 4. *concl.* 1378. *n.* 63. *et seq.* Pal. *tr.* 31. *D. un. part.* 22. §. 5. *n.* 11. Pirh. *hic n.* 88.

86

Quaeritur 3. qualis debeat esse titulus, ut sufficiat ad praescribendum? Antequam respondeam, noto, quadruplicem communiter assignari titulum, videlicet verum, putativum, coloratum, et prascriptum. *Verus est*, cui non subest ullus error, ut si res donata sit ab eo, qui dominus illius fuit, et potestatem alienandi habuit; tunc enim donatarius rem donatam possidet titulo vero donationis. *Putativus*, seu *existimatus*, quando probabiliter creditur intervenisse titulus, qui tamen a parto rei non intervenit, ut cum haeres alicui tradit rem aliquam tauquam ei legatam ex testamento, quae tamen revera legata non est. *Coloratus*, qui etiam *apparens* vocatur, qui apparet esse verus, sed tamen ob vitium occultum verus non est, ut si quis rem dono, aut emptione accipit a non domino, quem tamen credebat invincibiliter esse dominum, aut cum a domino quidem accipit, sed qui potestatem donandi, vel vendendi non habuit. *Praesumptus* denique, quando ob temporis diuturnitatem jus praesumit intervenisse titulum, cum forte non intervenerit, nec a possessore in specie allegari possit, qualis fuerit; talis est, si judicetur hunc fundum esse Pauli, utpote quem is longo tempore possedit, etsi revera fuerit Petri. His notatis

87

Resp. 1. Titulus *verus* non est necessarius ad praescriptionem; quia hic sine praescriptione sufficit ad transferendum dominium.

Resp. 2. Titulus *coloratus* ad praescribendum sufficit, non tamen requiritur necessario. *Quod sufficiat*, patet ex ratione data ad resp. 1. nam si titulus verus non requiritur, ergo sufficiet saltem coloratus; *quod vero non requiratur*, inde constat, quia, ut mox dicetur, etiam existimatus sufficit. Et hinc

Resp. 3. Titulus *existimatus*, seu *putativus*, ad praescribendum sufficit, si rationabiliter existimatus sit. Ita communis apud JCtos

sententia, teste Haun. *to.* 1. *tr.* 5. *n.* 224. Sumitur ex *l. ea res* 5. *et l. seq. ff. pro legat. l. non solum* 33. §. *l. quod vulgo* 1. *ff. de usurp. et usucap.* et clarissime *l. si existimans*, 48. *ff. eod.* ubi Paulus, *si existimans*, inquit, *debere tibi tradam*, *ita demum usucapio sequitur*, *si et tu putes debitum esse*: *aliud*, *si putem me ex causa venditi teneri*, *et ideo tradam*; *hic enim*, *nisi actio praecedat*, *pro emptore usucapio locum non habet*. Unde cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis praeter titulum *pro emptore* quilibet alius sufficiet etsi tantum sint existimati. Neque obstant *l. Celsus* 27. *ff. eod. et l. nullo* 24. *C. de R. V.* ubi dicitur requiri existentia tituli ad praescriptionem; nam eae leges intelligendae sunt ita, ut contentae sint existentia tituli mere existimata, et intentionali.

Addidi autem, *si rationabiliter existimatus sit*; nam irrationabiliter putatus usucapionem non ponit; §. *error* 11. *inst. de usucap. l. Celsus cit. l. pro donato* 1. *princ. ff. pro donat. l. si possideam* 2. *et l. seq. ff. pro legat.* Gonz. *in c.* 17. *h. t. n.* 11. Haun. *tr.* 5. *cit. n.* 233. Konig *hic n.* 33. Ratio est, quia opinio nihil ponit in re, et veritas praevalet opinioni, praesertim, ubi (ut in proposito contingit) vertitur error facti proprii, qui in jure non toleratur.

88

Quaeritur 4. utrum aliquando sufficiat ad praescriptionem titulus *praesumptus*? Resp. cum distinctione; *in praescriptione ordinaria* longi temporis, videlicet 10. aut 20. annorum, uti etiam in triennali usucapione titulus non praesumitur, sed requiritur, ut allegetur, et probetur titulus coloratus, vel existimatus, ut constat ex *l. Celsus et l. nullo cit.* et colligitur ex *princ. inst. in fin. de usuc. et l. diutina* 4. *C. de praescr. long. temp.* Idque procedit non solum jure civili, sed etiam canonico; *can. placuit* 15. *vers. praescriptionum caus.* 16. *q.* 3. nam quoad titulum nullum est inter jus utrumque discrimen. *Excipiuntur* servitutes reales continuae; nam hae, ut infra *n.* 91. dicam, praescribuntur sine titulo.

In *praescriptione longissimi temporis*, et multo magis in *centenaria*, *et immemoriali* ordinarie titulus non requiritur, sed sufficit bona fides, qua praescribens credit se titulum habere, cum forte non habeat; *vers. praescriptionum cit. l. sicut* 3. *et l. omnes* 4. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* quia antiquitas possessionis, et lapsus tot annorum ex dispositione juris habetur pro titulo, et ex tam longo tempore praesumitur justa causa possidendi; Covar. *reg. poss. p.* 2. §. 5. *concl.* 2. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *n.* 12. Less. *l.* 2. *de just. c.* 6. *n.* 23. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 5. *n.* 4. et alii passim.

89

Dixi *ordinarie*, excipitur enim, nisi aliunde contra praescriptionem stet praesumptio malae fidei; quae justi tituli praesumptionem elidat; aut nisi jus resistat, et possessionem rei praescribendae positive prohibeat; nam his casibus etiam in praescriptione longissimi temporis necesse est allegare, et probare titulum, vel saltem possessionem immemorialem, ut cum aliis notat Covar. *l. cit. concl.* 5. Ratio est, quia tum cessat titulus praesumptus; cum juris communis error vel ignorantia ut *num.* 67. dictum est, non prosit in usucapionibus: igitur nisi adsit alius titulus, qui det justam causam possidendi, et sic praesumptionem malae fidei, ex resistentia juris, vel aliunde ortam, tollat, praescriptio non procedet.

Dubium est, qualis resistentia juris communis obstat praescriptioni quadragenariae, titulo non munitae: *Certum est* 1. non exigi, ut ita jus resistat volenti usucapere, ut simul eundem reddat incapacem possessionis, prout resistit laico in puncto juris decimandi; nam ita si resistat, etiam tempore immemoriali praescribi non potest ob vitium possessionis.

Certum est 2. non sufficere resistentiam juris quamcunque; nam praescribenti servitutem in fundo alieno etiam resistit jus commune, quo omnia praedia libera esse praesumuntur; et tamen ad earum praescriptionem titulus non est necessarius, ut paulo post dicetur.

Certum est 3. sufficere si ita resistat jus possessori, ut simul etiam assistat petitori, seu illi, contra quem praescribitur; sicut fit, quando clericus extraneus vult praescribere decimas in aliena parochia; nam in hoc casu jus commune assistit parocho contra quemcunque extraneum possessorem.

90

An vero hoc requiratur, an contra sufficiat, si jus possessori quidem resistat, sed tamen petitori non assistat, controversia est inter DD. Aliqui cum Abb. *in c.* 17. *hoc tit. n.* 35. affirmant posterius, moti textu *c. episcopum* 1. *hoc tit. in.* 6. ubi in praescribente, quando est ei jus commune contrarium, titulus, vel possessio temporis immemorialis requiritur generaliter, neque fit mentio juris assistentis petitori.

Sed melius negant gloss. *in c.* 1. *cit. V. titulum*, Laym. *ibid. n.* 2. Pirh. *n.* 88. Vviest. *hic n.* 80. et alii ab hoc *citt.* Ratio est, quia si jus commune non assistit petitori, tunc nec possessori resistit quoad hunc petitorem, et cons. bonae fidei praesumptio erit pro possessore contra hunc petitorem, eo quod in pari causa melior sit conditio possidentis. Ex quo sequitur casu, quo lis est inter duos parochos de decimis, non in ipsorum, sed in tertia alterius paro-

chia sitis, et ex his unus petat decimas ab altero in judicio, alter opponat se praescripsisse possidendo illas per 40. annos, hic alter necesse non habeat, ut alleget, et probet titulum; sed possessio tanti temporis ipsi erit pro titulo.

91

Quaeritur 5. an et qualis titulus requiratur ad praescribendam servitutem? Resp. 1. in praescriptione servitutum realium, si continuae sint, h. e. habentes actum continuum, ut aquae ductus, suggrundii etc. regulariter titulus non requiritur; *l. siquis* 10. *ff. si servit. vindic. l. apparet* 5. §. *si quis* 3. *ff. de itin. actuque privat.* Haun. *tom.* 1. *tract.* 5. *n.* 285. *et seqq.* Ratio est, quia scientia, et patientia domini est loco tituli, legibus ita constituentibus, et patientiam domini consensuum interpretantibus; cons. si sciat, et patiatur dominus, et praescribens sit in bona fide, tempore ordinario praescripta erit servitus. *Excipiunt* DD. communiter usumfructum; nam hic ob damni gravitatem, et contemptum rei emolumentum a realibus servitutibus separatur, ut sine titulo tempore ordinario praescribi nequeat: unde cum nuspiam eximatur a regula generali, quae ad praescriptionem requirit titulum, sicut eximuntur servitutes reales, titulus ad praescriptionem ejusdem necessarius erit.

Resp. 2. Servitutes reales discontinuae sine titulo non acquiruntur, nisi tempore immemoriali, adeoque titulo opus est; ut ordinario tempore acquirantur; *l. si cui* 1. §. *fin. et l. seq.* §. *idem Labeo* 8. *ff. de acq. pluv. arcend. l. hoc jure* 3. §. *ductus aquae* 4. *ff. de aqu. quot. et aestiv.* Covar. *l.* 1. *var. c.* 17. *n.* 11. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 226. et hoc teste veteres interpretes omnes, ac praxis hodierna summorum tribunalium.

Resp. 3. existiente titulo, quem quis a putativo praedii domino obtinuit bona fide, omnes servitutes indistincte ordinario tempore praescribuntur; *l. fin. C. de praescript. long. temp. in fin.*

92

Quaeritur 6. quid requiratur, ut usucapere aliquis possit titulo pro soluto, pro emptore, et aliis *supra* assignatis? Resp. In omnibus requiritur possessio bonae fidei, et ut hi ipsi tituli non sint vitiosi. Praeter hoc quidam ex illis specialia requisita habent; nam

1. *Ut pro emptore* quis usucapiat, regulariter necesse est, ut reipsa intercesserit actio emptionis, neque sufficit, ut existimet se emisse; quia esset error in facto proprio, quia in jure non toleratur. *Excipitur*, si alius e. g. servus, vel procurator, cui dominus rem emendam mandavit, eandem tradat domino, dicens se eam emisse, cum tamen furto illam sustulerit; nam eo casu sufficit titulus existimatus ad usucapiendum pro emptore, ut habetur *l. fin.*

§. *sed id* 1. *ff. pro suo*, ubi etiam additur ratio; *quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

2. Ut titulus *pro haerede* possim usucapere, requiritur, ut is, cui me dico haeredem esse, revera mortuus fuerit. Hinc etsi crediderim Titium mortuum fuisse, cum tamen adhuc viveret, et ideo coepi bona ipsius possidere tanquam haeres ejusdem, si inter illa bona res quaedam aliena fuit, quam defunctus bona fide possedit, non possum illam usucapere titulo *pro haerede*; quia cum Titius adhuc vivat, revera haeres ejusdem esse non possum.

3. *Ut pro derelicto* usucapiam rem alterius, non debet esse pro derelicto habita ab ipso domino ejusdem; tunc enim, si occupem rem illam, absque praescriptione eandem facio meam: sed debet esse pro derelicto habita ab alio possessore tertio, qui non sit ejusdem dominus, ut *n.* 82. insinuavi.

93

4. *Ut pro donato* rem prascribam, requiritur, ut donatio jure teneat; quia si pater filio donaverit, cum invalida sit donatio, non deserviret filio ad usucapiendum sub hoc praetextu.

5. Titulus *pro suo*, ut bene monet Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 238. non consideratur, ut est quidam generalis titulus transcendens alios titulos speciales, in quibus aliquo modo imbibitur; nam etiam qui pro emptore, pro donato, pro derelicto possidet, dicitur hoc sensu possidere pro suo, sed hoc loco habet rationem tituli specialis, quando nempe res aliena a nobis bona fide possidetur ex aliqua causa, quae ad alios nominatos titulos speciales non pertinet, et tamen apta est ex se conferre dominium, qualis est, si feram alterius cicurem pro silvestri ceperit, pecuniam securitatis causa defossam, tanquam thesaurum apprehenderit etc.

6. Quod dictum est de titulo pro suo, etiam verum est in titulo *pro soluto*, nempe quod aliquando generalis sit, et transcendat varia genera solutionum factarum, sive ex causa judicati, sive ex empto, sive ex donato etc. aliquando vero sit specialis, quod fit in casu, quo putas te mihi ex legato, vel alio quocunque titulo equum debere, et mihi in solutum tradis equum alienum, non significans mihi specialem titulum, sed tantum dicens, te debitorem esse hujus equi; nam hac possessione in me translata, possum equum praescribere, et usucapere titulo *pro soluto*; quia de nulla alia causa possidendi mihi constat.

94

Quaeritur 7. utrum haeredes sui, qui parentibus haredes existunt, usucapere possint titulo pro haerede, ut alii extranei? Negant Vvesembecius, Donellus, Hunnius, nixi his fundamentis. 1.

Haeres suus non fit de novo dominus, seu juris fictione jam ante fuit dominus, cum sit fictione juris eadem persona cum defuncto; atqui ad praescriptionem requiritur titulus aptus ad transferendum dominium in eum, qui prius fuit dominus; ergo etc. 2. *l. nihil* 2. *Cod. de usucap. pro haered.* expresse dicitur, *nihil pro haerede posse usucapi, suis hæredibus existentibus.* 3. Haeres suus tantum improprie, et abusive dicitur haeres, cum in eo non detur successio, sed continuatio dominii; *l. in suis* 11. *ff. de liber. et posthum.* 4. *l. qui legatorum* 2. §. *fin. ff. pro haered.* Julianus negat filium rem a patre donatam pro haerede usucapere posse. 5. similia habentur §. *sui* 2. *Inst. de aered. qualit.*

95

Sed nihilominus dicendum est, etiam haeredes suos posse res alienas in haereditate repertas usucupare. Ita Gonz. *in c.* 17. *hoc tit. n.* 9. D. Arnold Rath *tract. de usucap. cap.* 3. *n.* 22. Haun. *tom.* 1. *tract.* 5. *n.* 244. magnif. D. Cristoph. de Chlingenfperg. *inst. de usucap. q.* 16. et colligitur satis aperte ex *l. si ancillam* 4. §. *si pater* 1. *ff. pro suo*, ubi ex divisione a patre inter filios facta, post ejus mortem eae res dicuntur *pro suo* usucapi, quae alienae in bonis patris inveniuntur; si enim id potest patris divisio in vita illius facta, et tamen quoad effectum ad tempus mortis suspensa, quidni et idem poterit voluntas patris testamento comprehensa, aut ab intestato ex authoritate legis intellecta? *Conf.* 1. quia licet inter patrem, et filium fictione juris non detur successio, sed potius continuatio dominii, datur tamen et fortius jus haereditatis: unde *sui haeredes* dicuntur filii. *Conf.* 2. si nova acquisitio haereditatis praestat titulum extraneis haeredibus ad usucapiendas res in haereditate repertas, nova administrationis, et pleni dominii acquisitio sufficiens erit ad praestandum eundem titulum. *Conf.* 3. Usucapio haeredis versatur circa res alienas in haereditate repertas, in quibus nulla potest dari in suis continuatio dominii, cum nec in patre dominium fuerit; igitur nihil impedit usucapionem hujusmodi rerum in suis haeredibus.

96

Nec contrarium probant rationes, et textus in contrarium allegati. *Ad* 1. fictio juris, qua haeres suus censetur una persona cum defuncto, non est introducta in praejudicium suorum haeredum, sed in favorem praecise: *conf.* fictio illa non impedit, quo minus rei veritas in praesenti praevaleat; est autem rei veritas, quod haeres suus ante non fuerit dominus; ergo etc. Accedit, quia, ut bene advertit Perez, licet haeres fictione juris fuerit dominus rerum paternarum, non tamen eas possedit, sed primum incipit illas possidere, quando eas apprehendit, et hoc sufficit ad praescribendum res alie-

nas, quarum nunquam fuit dominus, cum nec defunctus fuerit. *Ad* 2. Lex illa non dicit, quod sui haeredes non habeant jus usucapiendi pro haerede, sed quod non possint alii extranei quidquam ex illa haereditate pro haerede usucapare, quamdiu sui haeredes existunt, cum horum potior causa sit, utpote quibus ipso jure quaesita haereditas est. *Ad* 3. textus ille non dicit, quod non sint haeredes, sed quod quodammodo non videantur haeredes esse propter jus ad bona haereditaria, etiamsi haeredes non instituerentur; unde potius quidam abusus verborum est, quando haeredes sui dicuntur fuisse domini, quam quando haeredes vocantur. *Ad* 4. in *loc. cit.* additur filium rem a patre donatam pro haerede usucapere non posse *pro parte cohaeredum*: quod omnino verum est. *Ad* 5. in textu *cit. inst. de usucap.* potius contrarium dicitur; nam ita ibi loquitur imperator; *sed sui quidem haeredes ideo appellantur, quia domestici haeredes sunt, et vivo quoque patre* NB. *quodammodo domini* (non simpliciter domini) *existimantur.*

§. VI.

De tempore requisito ad praescriptionem reum corporalium.

SUMMARIUM

97

Quaeritur 1. an et quale tempus requiratur ad praescribendum? Resp. Hoc varium est pro varietate tum bonorum, quae praescribuntur, tum personarum, contra quas praescribitur. Hinc pro faciliori dicendorum intellectu.

Advert. 1. res, quae praescribuntur, alias dici *mobiles*, quae loco moveri possunt, ut animalia, pecuniae, vestes, instrumenta etc. alias vero *immobiles*, quae moveri non possunt, ut praedia, domus,

et similia, rerum suarum naturam sequuntur actiones, et jura ad illas, tanquam accessorium ad principale: et ideo actiones, quae competunt ratione debitorum pro rebus mobilibus, sicut et ipsa debita, bonis mobilibus accensentur; e contra census annui, ususfructus, aliaeque servitutes annumerantur bonis immobilibus, sicut et ipsi fundi, vel domus, quibus adhaerent. Sumitur ex *clem.* 1. *vers. cumque annui de V. S.* et notant Molin. *tr.* 2. *D.* 68. *n.* 1. Haun. *tom.* 1. *de J. et J. tr.* 5. *n.* 262. Pirh. *hic n.* 89.

Advert. 2. aliquando praescribi contra praesentes, aliquando contra absentes. *Praesentes* olim dicebantur, qui sub eodem praeside provinciae domicilia habeant; *l. fin. C. de long. temp. praescript. absentes*, qui sub diversis. Hodie *praesentes* dicimus, qui in eodem territorio, vel si hoc nimis amplum est, sub eodem praefecto, vel judice domicilium habent, cujusmodi plerumque erunt, qui habitant in eadem civitate; et hinc *absentes* dicentur, qui in diversis territoriis, e. g. civitatibus, diversos judices, gubernatores, consules etc. habentibus habitant; Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 263. Pirh. *n.* 89. *cit.* Engl. *n.* 29. Konig *n.* 43. Advertendum hoc ideo est, quia ordinarie minus tempus requiritur ad praescribendum contra praesentes, quam contra absentes; cujus ratio est, quia praesentes possunt facilius res suas apud alium existentes agnoscere, difficilius absentes, hinc durum esset absentes aeque cito rebus suis privari, ac praesentes.

98

Advert. 3. tempus praescriptionis aliud dici breve, aliud longum, aliud longissimum, aliud denique immemoriale. *Breve* dicitur, quod est infra, vel supra triennium, minus tamen decennio; *longum* sunt anni 10. inter praesentes, 20. inter absentes: *longissimum* sunt anni 30. vel 40. *immemoriale*, cujus initii memoria non existit. Computari autem tempus praescriptionis debet non de momento ad momentum, sed de die in diem, uti sumitur ex *l. in usucapionibus* 6. *et l. seq. ff. de usurp. et usucap.* Adeoque non est necesse completum esse totum diem ultimum usucapioni, vel praescriptioni, praefixum a jure, sed sufficit, quod ad eum perventum sit; nam etsi coeptus tantum sit, non completus, nihilominus completum censetur usucapiendi tempus.

Neque obstat *l. in omnibus* 6. *ff. de O. et A.* ubi dicitur: *in omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus dies totus compleatur, non finit obligationem*; nam textus istius legis solum intelligendus est de actionibus personalibus, ubi dies postremus totus adhuc utilis actori est, adeoque, ut contra actorem praescriptum sit, necesse est totum effluxisse diem. Aliter se res habet in praescri-

ptione, quae excludit actionem realem, nempe rei vindicandae causa datam; nam in hac dies alia sui parte coeptus pro completo habetur; et ratio est, quia in hac praescriptione volunt leges, ut cesset actio, si alter tanto tempore possederit; hoc autem verum est, si possessio ad ultimum diem saltem inchoatum pervenerit, etiamsi finitus non sit.

99

Quaeritur 2. quanto tempore praescribantur res privatorum? Resp. 1. res mobiles privatorum, quantumvis pretiosae, cum titulo praescribuntur triennio; *princ. inst. de usucap. et l. un. C. de usucap. transform.* Neque obstat, quod rebus immobilibus, ut statim dicam, amplius taxetur tempus; licet enim res mobiles celari possint, in ideo jus prosequendi illas difficilius reddi domino, plerumque tamen in earum amissione minus praejudicii creatur domino, quam in amissione immobilium. Adde, quia res mobiles, si bona fide possidentur, non ita occultari solent; jam enim fraudulenta occultatio bonam fidem everteret, imo rem furtivam efficeret, et sic nunquam usucapi posset tempore ordinario, ut dictum est *n.* 37.

100

Resp. 2. res privatorum immobiles, si illi privilegiati non sint, ut sunt pupilli, minores etc. secundum dicta *n.* 33. *et* 38. cum titulo, et bona fide praescribi possunt inter praesentes quidem annis 10. inter absentes vero annis 20. *princ. et l. un. cit. l. diutina* 4. *et l. fin. C. de praescrip. long. temp.* Quodsi aliquis partim praesens, partim absens sit, semper tempus absentiae duplicari debet, ita, ut si v. g. praesentia fuerit 8. annorum, et absentia duorum, ad complendam praescriptionem praeter illos octo annos adhuc quatuor requirentur; *l. cum in longi* 11. *et auth. quodsi quis C. de praescript. long. temp.*

Resp. 3. sine titulo cum bona fide res tam mobiles, quam immobiles privatorum, tam inter praesentes quam inter absentes praescribuntur 30. annis, ut cum communi tradunt Vivian. *in c.* 3. *h. tit.* Azor. *p.* 3. *l.* 1. *c.* 22. *q.* 6. *et* 8. Molin. *tr.* 2. *D.* 68. *n.* 4. Laym. *l.* 3. *theol. tr.* 1. *c.* 8. *n.* 13. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 11. *n.* 1. Vall. *hic* §. 6. *n.* 2. Zoes. *n.* 3. Engl. *n.* 29. Pirh. *n.* 90. Konig. *n.* 44. Vviest. *n.* 82. *et* 85. et quidem de rebus immobilibus clare statuit *l. sicut* 3. *et l. omnes* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* ex quibus legibus ducitur argumentum etiam ad res mobiles privatorum; cum enim de his nihil statutum sit aliud, casu quo titulus deficit, dicendum est pari passu procedere eo casu cum immobilibus.

101

Quaeritur 3. quanto tempore praescribantur res ecclesiarum, et monasteriorum? Resp. 1. Res ecclesiae romanae, saltem immobiles, et adhaerentia istis jura non praescribuntur, nisi lapso tempore 100. annorum. Ita statuitur *c. ad audentiam* 13. *c. cum vobis* 14. *c. si diligenti* 17. *h. tit. c. fin. eod. in* 6. *et auth. quas actiones fin. C. de SS. eccl. Excipitur* casus unicus *c. fin. cit.* ubi statuitur, etiam contra ecclesiam romanam praescriptioni quadragenariae locum esse, si bona haereticorum, qui dum viverent, catholici putabantur, a catholicis eorum filiis, vel nepotibus, aut extraneis quibuscunque 40. annorum spatio bona fide possessa sint. Dixi autem, *res saltem immobiles*; nam de mobilibus *infra n.* 108. aliud quid statuetur. Addidi, *et adhaerentia istis jura*; particularia sc. nam quoad universalem jurisdictionem in omnes fideles, et quoad plenitudinem potestatis papalis per praescriptionem derogari non potest, sicut nec per privilegium, ut dictum est *n.* 32.

Resp. 2. contra ordinem, et monasteria S. Benedicti ex privilegio Eugenii IV. item contra congregationem S. Salvatoris ex privilegio Julii II. non praescribitur nisi 60. contra monasteria ordinis cisterciensis s. Bernardi nonnisi annis 100. quod ultimum ordinibus mendicantibus a Leone X. et Pio IV. concessum est ratione subjectionis immediatae, qua sedi apostolicae subjecti, et in protectionem ejusdem recepti sunt. Videatur Rodriq. *tom.* 1. *qq. regul. q.* 36. *art.* 3. Molin. *tr.* 2. *D.* 72. *a n.* 1. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 8. *n.* 13. Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 15. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 12. *n.* 4. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 300. Donat. *prax. regul. part.* 1. *tr.* 12. *q.* 10. *n.* 6. *et* 11.

102

Resp. 3. ecclesiae aliae, romana inferiores, et non specialiter privilegiatae, res suas immobiles non amittunt, nisi praescriptione quadragenaria. Sumitur ex *c. de quarta* 4. *hoc tit. c. ad aures* 6. *eod.* et patet ex *tot. tit. C. ne rei dominic. et templor. vindicat. temp. praescript. submoveat.* Estque hoc juris recentioris; nam per antiquos canones ad praescribenda bona immobilia, et jura ecclesiastica non nisi 30. anni requirebantur; ut patet ex *can.* 1. 2. 4. *et* 8. *caus.* 16. *q.* 3. de jure civili adversus ecclesiam, et alia pia loca non currebat, nisi praescriptio centenaria; *l. fin. C. de SS. eccl.* Utrumque hodie correctum est, jure canonico quidem; *c. de quarta, et c. ad aures citt.* cum aliis passim: civili autem per *auth. quas actiones C. de. SS. eccles.* quae sumpta est ex *Novell.* 131. *c.* 6. Adeoque si laicus rem ecclesiae ut propriam spatio 40. annorum bona fide possederit, eam sibi acquirit: quod usque adeo obtinet,

48 *

ut procedat, etiamsi agatur de fundo dotali ipsius ecclesiae, ut monet Henr. Canis. *in c. 4. hoc tit. n.* 8.

Extenditur quadragenaria haec praescriptio etiam ad monasteria, hospitalia, et alia loca religiosa, item ad legata, et donationes ad causas pias, ut constat ex *auht. quas actiones cit.* et docet gloss. *in c. de quarta cit. V. quadragenaria.* Abb. *ibid. n.* 7. Covar. *regular. possessor. p.* 2. §. 2. *n.* 2. Molin. *tr.* 2. *D.* 72. *n.* 3. Haun. *tr.* 5. *cit. n.* 199. Et verum est, etiamsi pauperibus aliquid tantum in genere, et indeterminate legatum sit, ut recte advertit Pirh. *hic n.* 95. *Neque obstat*, quod eo casu pauperes, cum incerti siut, agere non possint; agere autem non valentibus non currit praescriptio; *arg. l. super annali.* 1. §. *ne autem* 2. *C. de annal. excep.* nam licet pauperes agere non possint ad legata, episcopus tamen petere illa potest, qui curam pauperum debet gerere.

103

Quaeritur 4. quandonam locum habeat quadragenaria prascriptio contra ecclesiam romana inferiorem, et centenaria contra romanam? Resp. Ut legitime fiat, haec notanda sunt. 1. quadragenaria haec praescriptio procedit tantum, cum praescribens habet titulum; nam sine titulo tempus immemoriale requiritur, praesertim, si jus commune resistat, ut fit, quando parochus extraneus possidet decimas alienae parochiae: hic ergo, nisi praeter tempus 40. annorum, et bonam fidem afferat pro se titulum aliquem coloratum, decimas illas sibi non acquirit, nisi possessione temporis immemorialis, ut deciditur *c. episcopum* 1. *hoc tit. in* 6. et notat Pirh. *hic n.* 95.

2. Quadragenaria praescriptio requiritur non tantum, cum privatus quis, sed etiam cum ecclesia contra ecclesiam aliam uti vult praescriptione, uti habetur *cap. ad aures* 6. *et c. illud* 8. *hoc tit. Neque obstat*, quod ex communi regula privilegiatus non utatur privilegio suo contra pariter privilegiatum; negatur enim, quod ecclesia praescribens privilegiata sit contra ecclesiam, contra quam prescribitur, ut ipsa minore tempore quam privatus, contra ecclesiam possit praescribere; quod patet ex fine privilegii hujus; nam in hoc respicitur favor ejusdem, ne damnum ferat: igitur non assistit praescribenti, ut lucrum referat, sed censebitur in hoc jure privatorum, et opus habebit quadragenaria praescriptione contra ecclesias non privilegiatas, contra privilegiatas autem sexagenaria, vel centenaria, juxta istarum privilegia. Dixi, *contra ecclesiam*; nam contra privatum non secus, ac alii privati, ecclesia cum titulo praescribere potest decennio vel vicennio, sine titulo 30. annis. Hinc alio jure ipsa utitur contra laicum, et alio contra se; cum non obstet regula communis; *Quod quisque juris*

in alium statuit, *ut ipse eodem jure utatur*; nam hoc solum intelligendum est, quando non habetur speciale indultum, sicut habent ecclesiae per jura *cit. n.* 101. *et seqq.*

104

3 Procedit quadragenaria praescriptio in iis tantum rebus quae sunt ecclesiae quoad verum, et proprie dictum dominium, pro quibus competit vindicatio. Secus, si sint illius tantum ratione quasi dominii; pro quibus actio publiciana conceditur; in his enim sufficit tempus ordinarium, ut notat Barbos. *in c.* 8. *cit. n.* 9. idem dicendum, si res, de cujus praescriptione agitur, non sit ipsius ecclesiae propria, sed clericorum ejusdem; nam horum bona privata, ac patrimonialia, ut laicorum bona tempore ordinario praescribi possunt; Abb. *in c. sanctorum* 3. *h. tit. n.* 6. Molin. *tr.* 3. *D.* 72. *n.* 4. Pirh. *hic n.* 95. et novissime illustrissimus D. Petra *comment. tom.* 2. *fol.* 420. *n.* 30. et ratio est, quia non clericis, sed ecclesiis, et locis privilegium istud concessum est. Quodsi res aliqua, vel jus ad laicum simul, et ecclesiam spectet, distinguendum est, num res, vel jus illud divisibile sit, vel non. *Si primum*, breviori tempore perficietur praescriptio adversus privatum, quam adversus ecclesiam; *arg. l. un. C. si in communi. Si secundum*, privatus propter communionem cum ecclesia gaudebit eodem 40. annorum tempore; *arg. l. si communem* 10. *ff. quemad. servit. amitt.* Abb. *in c.* 4. *hoc tit. n.* 19. Laym. *in c.* 8. *eod. n.* 2. Pirh. *hic n.* 96. Adeoque casu, quo ecclesiae, et civi privato jus competit in alieno praedio pascendi pecora, agendi currus etc. et eo jure 10. annis non utatur civis, lapso hoc decennio per via praescriptionis excludi potest. Ecclesia vero nonnisi post annos 40. suo jure privabitur propter omissionem; nam jus privati a jure ecclesiae dividi potest.

105

4. Praescriptione hujusmodi, ut quadragenaria requiratur, vel centenaria, debet directe, et principaliter praejudicari ecclesiae in bonis, et juribus ejusdem. Hinc contra usufructuarium fundi, quoad proprietatem ad ecclesiam pertinentis, praescribi potest tempore ordinario, quia cum usufructuarius vendere, vel donare, etiam invito domino directo, possit usumfructum ex tali fundo sibi competentem, per ejusmodi praescriptionem non praejudicatur ecclesiae in dominio ejus directo, quod ipsi illaesum manet. Quoad vasallum, et emphyteutam, qui in bonis ecclesiae feudum, vel emphyteusin constitutam habet, distinguendum est, nam sciente ecclesia, contra ipsum dominium utile praescribi potest 30. annorum tempore, sicut contra alium quemvis privatum; nesciente autem ecclesia praescribi adversus vasallum vel emphyteutam romanae ecclesiae non potest,

nisi annis 100. adversus alterius inferioris non privilegiatae annis 40. Ratio disparitatis est, quia in secundo casu praescribitur contra jus ipsius ecclesiae, quae cogitur vi praescriptionis recipere novum vasallum, vel emphyteutam sibi forte minus utilem, quam antiquus fuerit: nihil simile pugnat in primo casu; nam hoc ipso, quod sciens a praescribente recipiat per 30. annos obsequia, et alia jura dominii directi, nulla ei irrogatur injuria, si deinde praescribenti adjudicetur feudum, vel emphyteusis, et tollatur possessori pristino; Abb. *in c.* 13. *hoc tit. n.* 13. *et* 14. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 12. *n.* 2. Barbos. *in c.* 8. *n.* 8. Pirh. *n.* 100.

106

5. Quodsi, postquam quis per quinquennium; e. g. rem immobilem privati cum titulo coepit praescribere, ea res devenerit ad ecclesiam inferiorem romana, satis erit deinceps possidere illam cum bona fide per annos 20. ut adversus eam ecclesiam praescriptio finiatur; si vero ad ecclesiam romanam pertinere incipiat, 50, deinceps annorum possessione complebitur; Abb. *in c.* 4. *hoc tit n.* 20. Sylvest. *V. praescriptio* 1. *n.* 6. *dict.* 6. Azor. *p.* 3. *l.* 1. *c.* 22. *q.* 9. Molin. *tr.* 2. *D.* 72. *n.* 5. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 24. *n.* 339. Pirb. *hic n.* 96. Ratio est, quia pro tempore praeterito utitur ecclesia jure privati, a quo rem praescribendam ipsa accepit; pro tempore vero sequente utitur jure, ac privilegio suo; hinc cum dimidium temporis requisiti ad praescribendum contra privatum absentem sint quinque anni, satis erit, si ad praescribendum contra ecclesiam, quae laico in re praescribenda successit, addatur dimidium temporis requisiti ad praescribendum contra ecclesiam sc. 20. anni, quando praescriptio fit adversus ecclesiam romana inferiorem, 50. si contra romanam.

107

Quaeritur 5. an privilegio hoc ampliori quadragenariae, vel centenariae praescriptionis ecclesiae gaudeant etiam in bonis earum mobilibus? Affirmant Host *c.* 1. *de in integr. restit.* Azor. *part.* 3. *l.* 1. *c.* 22. *q.* 2. Consentiunt ex parte Abb. *in c.* 4. *de confirm. util. et inut. n.* 12. Sylvest. *V. praescriptio* 1. *n.* 7. *dict.* 3. qui etsi de ecclesiis inferioribus negent, id tamen affirmant de romana ecclesia, quorum sententiam valde probabilem dicit Less. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 22. et Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 271. Fundantur 1. quia haec sententia favorem ecclesiae continet; igitur negativae est praeferenda. 2. quia *c. illud* 8. *hoc tit.* pontifex statuit adversus ecclesias minorem praescriptionem, quam 40. annorum non currere, non distinguendo inter res mobiles, et immobiles; ubi autem jura non distinguunt, neque nos debemus distinguere. 3. contra fiscum non procedit usu-

capio ordinaria, ut dictum est *n.* 35. ergo nec contra ecclesiam quippe quae non minori privilegio gaudet; 4. *c. cum vobis* 14. *hoc tit.* generatim absque distinctione mobilium, et immobilium dicitur; *contra ecclesiam rom. non nisi* 100. *annorum praescriptio locum sibi vendicat*, ubi gloss. *V. centum*, *haec praescriptio*, inquit, *obtinet in rebus*, *et possessionibus*, distinguens *res a possessionibus*, tanquam mobilia ab immobilibus: ergo saltem romana ecclesia in mobilibus praescriptione centenaria gaudet: 5. concordat *auth. quas actiones C. de SS. Eccl.* ubi, cum imperator statuisset usucapionem triennii, et quadrienni praescriptionem in suo robore durare, etiam respectu ecclesiarum, et piorum locorum, subdit, *sola rom. ecclesia gaudente* 100. *annorum spatio*, *vel privilegio.*

108

Nihilominus communior sententia est, quoad mobilia, nisi forte sint res pretiosae, ecclesias, etiam romanam, nihil peculiare habere; absolvere igitur contra illas praescriptio cum titulo triennio, sine titulo triceunio. Ita Molin. *tr.* 2. *D.* 68. *num.* 3. Sanch. *l.* 2. *cap.* 23. *num.* 96. Laym. *l.* 3. *theol. tr.* 1. *cap.* 8. *num.* 13. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 11. *n.* 5. Pax. Jord. *l.* 14. *tit.* 24. *n.* 271. Pirhing *hic n.* 90. Konig *n.* 15. Vviest. *num.* 83. et novissime illustrissimus Petra *comment. tom.* 2. *fol.* 425. *num.* 67. excipiens res mobiles pretiosas, quia immobilibus aequiparantur. *Ratio responsionis* est, quia jure civili ita generaliter statutum est, et jure canonico nuspiam invenitur facta mutatio, ut adeo procedat regula *c. intelleximus* 1. *de nov. oper. nunt.* videlicet, ubi SS. canones nihil decernunt, respicienda esse statuta juris civilis.

109

Neque obstant rationes oppositae in contrarium. *Ad* 1. favor ecclesiae concedendus est, qui fundamentum in jure habet; in nostro autem casu, ut statim dicetur, nullum fundamentum jura praebent. *Ad* 2. etsi canones *cap. illud citat.* et alibi passim indistincte requirant 40. annos ad praescribendum contra ecclesiam, id tamen movere non debet, quia intelligendum est de rebus immobilibus juxta tenorem juris civilis. *Ad* 3. de fisco, quod adversus ipsum non procedat praescriptio ordinaria, jura sic statuunt, ut *num.* 35. ostensum est; at quod etiam respectu mobilium ecclesiae competat quadragenaria praescriptio, in jure nullum est sufficiens fundamentum. *Ad* 4. textus ille *cap. cum vobis citat.* intelligendus est de vera praescriptione rerum immobilium, non vero mobilium: ratio explicationis est, quia, ut Pal. et Pirh. *loc. cit.* notant, nomen *praescriptionis* ibi ponitur, quod in jure, et proprie solum convenit praescriptioui immobilium, cum mobilium potius dicatur usuca-

pio. Certe si etiam mobilium usucapio contra rom. ecclesiam compleretur 100. annis, adversus eandem vix unquam posset esse mobilium usucapio, quippe cum raro, vel nunquam res mobiles spatio centum annorum perdurent: *Ad* 5. verba illa *auth. quas actiones citat.* censeri debent quasi per parenthesim interjecta, ita ut exceptio romanae ecclesiae referatur non ad ista, sed ad priora, per quae ecclesiis, et aliis religiosis locis conceditur praescriptio quadragenaria, et cons. *cit. auth.* sensus sit, quod ubi 40. annis praescribitur contra ecclesiam romana inferiorem, romanae concedatur tempus 100. annorum, excepta utrobique usucaptione triennii, et quadriennii praescriptione, quam *auth. cit.* vult manere in suo robore. Fundamentum istius explicationis ex eo sumitur, quia verba illa *sola romana cit. auth.* desumpta ex parte sunt ex *novell.* 9. Justiniani, ubi solum in praescriptione longissimi temporis, quale est spatium 30. annorum, imperator concedit ecclesiis 100. annos, quod tempus moderatur haec *auth.* et soli romanae ecclesiae 100. annos relinquit, in iis videlicet rebus, in quibus praescriptionem contra alias ecclesias reducit ad 40. hae autem res sunt tantum immobiles. Igitur etiam ecclesia romana solum in immobilibus gaudebit privilegio praescriptionis 100. annorum.

110

Quaeritur 6. utrum privilegio centenariae praescriptionis, quo gaudet ecclesia romana, gaudeant etiam ecclesiae inferiores exemptae, si non sint specialiter exemptae? Affirmat Archidiac. *in cap. fin. hoc tit. in* 6. Negant Bald. *in auth. quas actiones cit.* et Guid. Pap. *decis.* 36. Tenenda est sententia media, quam etiam defendunt Abb. *in cap.* 13. *hoc tit. num.* 12. Felin. *ibid. num.* 17. Cochier *de jurisd. ord. in exempt. p.* 3. *q.* 12. *a num.* 4. Vviest. *hic n.* 90. *et* 91. et distinguendum, an agatur de tollendo ipso jure exemptionis, an de aliis rebus, et juribus ecclesiarum exemptarum.

Si hoc posterius, contra eas perinde, ac contra non exemptas 40. annis praescriptio finietur; *si prius*, necessaria erit praescriptio 100. annorum. Ratio disparitatis est, quia in hoc casu sit praejudicium tantum ecclesiae exemptae, in illo ecclesiae etiam romanae, cujus interest multos habere exemptos, et sibi immediate subjectos; *Clem. pastoralis* 2. *de sentent. et re judic.*

Quo tempore res coronae, fisci, minorum, civitatum, feuda etc. praescribantur, dictum est *supra a num.* 35.

§. VII.

De tempore requisito ad praescriptionem rerum incorporalium.

SUMMARIUM

111

Quaeritur 1. quanto tempore acquirantur, vel amittantur servitutes? Antequam respondeam, breviter notanda qualitas, et varietas servitutis. Est ergo *servitus in genere*, prout hic accipitur, jus, quod quis habet in re aliena, ut ipsi, ejusque usibus, et commodis directe, vel indirecte inserviat. Dividitur immediate in personalem, realem, et mixtam. *Personalis* est, quae ab aliena persona, v. g. ab alieno mancipio debetur alteri personae, ut si quis alieni mancipii usum habeat. *Realis* est, quae a re (intelligitur autem praecipue per *rem* praedium) immediate debetur alteri rei, et praedio: unde etiam hoc alterum *praedium dominans*, prius vero *serviens* appellatur. *Mixta* est, quae a re aliena immediate, debetur personae alteri, quam domino directo; nam hic in re sua servitutem habere non potest.

Servitus realis tripliciter subdividitur; nam 1. alia est *affirmativa*, vi cujus dominus praedii dominantis potest aliquid in praedio alieno facere, quin possit jure a domino praedii servientis impediri: quales servitutes sunt iter, actus, via per alienum praedium; alia est *negativa*, vi cujus dominus praedii servientis tenetur aliquid in suo praedio omittere, ut est servitus altius non tollendi, ne luminibus officiatur.

112

2. Alia est continua, alia quasi continua, alia discontinua. *Servitutes continuae* sunt, quae semel constitutae semper durant absque alio facto, vel adjumento, veluti immissio tigni. *Quasi continua* illa appellatur, quae post sui constitutionem, quamvis non semper producat suum effectum, semper tamen est apta producere, ut stillicidium, quod non indiget hominum opera pro continuatione, dum pluit, sed cadit per seipsum. *Discontinua* dicitur, quae quolibet actu factum hominis requirit, ut iter, actus, via, et reliqua, quae debentur a re rei : in quibus animus hominis non retinet continuam quasi possessionem, sed per singulas vices intervenit nova animi applicatio ad operandum.

3. Denique aliae servitutes sunt *urbanae*, quae praedio urbano, aliae *rusticae*, quae rustico praedio debentur. Porro *urbanum praedium* illud dicitur, quod principaliter extructum est ad habitandum, aut etiam recreationis gratia; *rusticum*, quod principaliter extructum est ad alios fines, et usus rusticos, uti sunt horrea, et stabula pro servandis frugibus, et pecoribus. His praemissis ad quaestionem propositam

113

Resp. 1. jus *servitutis mere personalis* nullo tempore usucapi potest, ita, ut liber homo fiat servus, prout dictum est *supra n.* 27.

Resp. 2. servitus *mixta*, uti est ususfructus, usus, et habitatio, comparatur cum bona fide, et titulo 10. annis inter praesentes, 20. inter absentes; sine titulo 30. vel 40. *l. fin. C. de praescript. long. temp.* Azor. *p.* 3. *l.* 1. *c.* 22. *q.* 10. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 70. *num.* 4. Less. *l.* 2. *c.* 6. *num.* 27. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 9. *num.* 4. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 315. Vviest. *hic n.* 118. cum aliis.

Resp. 3. Servitus *realis affirmativa*, sive sit continua, vel quasi continua, ut tigni immittendi, oneris ferendi, aquae ductus, suggrundii, stillicidii etc. sive discontinua, ut eundi per totum praedium, agendi jumentum, ducendi currum etc. cum titulo, et bona fide praescribitur 10. annis praesente eo, contra quem agitur, viginti vero eo absente; Gomez *var. to.* 2. *c.* 15. *a n.* 26. Molin. *D.* 70. *cit. n.* 5. Vviest. *n.* 119. *hic.* Quando praescribens titulum praescribendi non habet, discrimen inter has servitutes est faciendum; nam *continua, vel quasi continua* etiam sine titulo completur decennio inter praesentes, vicennio inter absentes; quia tituli loco est scientia, et patientia domini, qua permittit aliquem tali jure in praejudicium suum uti; *l. siquas* 2. *et l. seq. C. de servit.* Azor. *l. cit.* Less. *n.* 8. Laym. *n.* 4. *et c. Excipitur*, nisi ex circumstantiis appareat, quod

alter ex mera gratia, aut liberalitate ita patiatur fieri, nam, ut saepe dictum est, per actus merae facultatis nunquam inducitur possessio juris, et cons. neque praescriptio. In *servitute discontinua*, si titulus non interveniat, requiritur possessio temporis immemorialis cum bona fide, ut colligitur ex *l. servitutes* 14. *ff. de servit.* et notat Covar. *l.* 1. *var. c.* 17. *n.* 11. Laym. *loc. cit. n.* 5. cum reliquis supra. *Ratio disparitatis* inter utramque servitutem est, quia in servitute continua, cum ejusdem usus sit continuus, vel quasi continuus, facile ille adverti potest; non ita facile adverti a domino potest, quando servitus est discontinua, cum ejusdem usus sit valde interruptus: ut proinde longiori tempore egeat is, contra quem constituitur servitus discontinua, minori ille contra quem constituitur continua, vel quasi continua.

114

Resp. 4. Servitutes *reales negativae* eodem tempore praescribuntur, quo affirmativae; solum hoc peculiare est, quod possessio servitutis affirmativae incipiat a die quo quis illarum aliqua v. g. per actualem tigni immissionem; commeationem per fundum, aquae ductionem etc. uti coepit; contra negativae possessio inchoetur ab eo primum die, quo servitutem praescribere volens positive prohibet, vel impedit alterum, ne altius tollat, fenestram aperiat, vel aliud quidpiam moliatur; nam si id moliens, prohibitioni acquiescat, ab eo tempore is qui prohibuit, constituitur in possessione servitutis negativae, et praescribere illam incipit; Azor. *c.* 22. *cit. q.* 20. Mol. *D.* 70. *n.* 6. Les. *n.* 29. Laym. *n.* 6. Pirh. *n.* 120. Vvics. *n.* 120.

115

Resp. 5. Simili tempore, quo acquiruntur servitutes reales, etiam extinguuntur per non usum, videlicet 10. annis inter praesentes, 20. inter absentes; *l. sicut* 13. *C. de servit.* Ubi tamen duo sunt advertenda. *Primum est*, quod discrimen sit faciendum inter servitutes urbanas, et rusticas; nam *rusticae* extinguuntur per non usum, etsi dominus praedii servientis nihil faciat, quo incipiat usucapere suam libertatem; *l. haec autem* 6. *ff. de servit. urb. praeb. Urbanae* autem ut amittantur, necesse est, ut possessor loci debentis servitutem aliquid bona fide faciat, quo incipiat usucapere suam libertatem, e. g. ut in loco, quo tignus in domum alterius immitti poterat, obstruatur foramen paratum pro immittendo tigno. *Alterum est* quod si jus servitutis tibi constitutum non habeat usum quotidianum, sed aquam e. g. ex alieno fundo ducere possis aestate tantum, vel quot mensibus requiratur tempus duplicatum, videlicet 20. anni inter praesentes, ut tali jure per non usum ejus via praescriptioni spolieris; *l. si sic* 7. *ff. quaedam servit. amit. l. fin. C. de serv.* Azor

loc. cit. q. 11. Laym. *n.* 7. Pirh. *n.* 122. Vvies. *n.* 121. Hoc tamen non debet extendi ultra servitutes mere reales, neque si tempus duplicatum excederet spatium 40. annorum, ut monet Covar. *l.* 1. *var. c.* 17. *n.* 10. Addidi, *inter praesentes*; nam an ad praescribendum inter absentes spatium 20. annorum duplicandum sit etiam ad spatium 40. annorum non constat; quia de hoc nihil statuerunt leges; probabilior tamen videtur negativa sententia; quia in textibus *supra cit.* solum de praescriptione inter praesentes sermo est, ac proinde decisio *l. haec autem cit.* quoad absentes incorrecta manet; gloss. *in l. fin. V. desidia C. de servit.* Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 13. *n.* 9. Pirh. *hic n.* 122.

Haec autem omnia, quae hic de tempore praescribendi servitutes dicta sunt, intelligi debent casu, quo praescriptio contra privatum fit; nam ecclesiae, et loca religiosa, sicut in praescriptione immobilium, ita et servitutum, tempore quadragenario gaudent, Romana vero centenario, cujus ratio est, quia servitutes, et jura, cum perpetua sunt, immobilibus accensentur.

116

Quaeritur 2. quanto tempore praescribantur actiones, et obligationes? Antequam respondeam, adverto multum referre, an quis praescribat obligationem, et jus aliquid exigendi ab alio, vel an praescribat jus immunitatis ab actione, aut exactione alterius. *Primum* praescribitur, quando obligatio, e. g. census, pensio etc. statuto tempore exacta fuit ab alio, et ab hoc sine contradictione reddita. Ut *secundum* praescriptione acquiri possit, non sufficit non fuisse exactam obligationem, sed opus est, ut is, qui immunitatem ab exactione alterius praescribere vult, se neget alteri obligatum esse, vel reipsa, aut facto ita se gerat, acsi obligatus non sit; nam si agnoscat se obligatum esse, vel communiter habeatur pro obligato, nihil eundem juvabit exactionem non factam esse; quia locum habebit regula, quod in actibus merae facultatis non procedat praescriptio, ut dictum est *n. 27. vers.* 7. Hinc sequitur, quod vasallus, aut subditus nunquam praescribat contra dominum jus servitiorum, v. g. angariarum nisi interpellatus negaverit se obligatum esse, aut facto ipso pro non obligato se gerat, vel publice habeatur pro tali; et ratio est, quia cum in arbitrio, seu mera voluntate principis sit, utrum servitia illa exigere vel non, non ideo praecise, quia temporis diuturnitate non exiguntur, alter constituitur in possessione immunitatis. *Excipe*, nisi is, cui jus exigendi ejusmodi servitia competit, censeri merito possit, quod renuntiaverit juri suo; praesumi autem hoc potest variis casibus, et praecipue dum, quando ab aliis fit, a quibusdam non fit exactio; tum enim praesumptio esse solet

pro exemptione, ut bene advertit Laym. *l.* 3. *theol. tr.* 1. *c.* 8. *n.* 8. His praenotatis.

117

Distinguendum est inter actiones reales, et personales. *Actionibus realibus* cum titulo praescribitur annis 10. inter praesentes, 20 inter absentes; *l. un. C. de usuc. transform. et prin. inst. de usuc. In actionibus et obligationibus personalibus* distinguendum est inter actiones, et obligationes personales ex contractu, vel quasi contractu ortis, et inter eas, quae oriuntur ex delicto. *Actionibus personalibus, et obligationibus civilibus ex contractu vel quasi*, v. g. mutui, commodati, tutelae provenientibus adversus creditores praescribitur regulariter 30. annis, ut habetur *l. sicut* 3. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann. et l. super* 1. §. *ad haec* 1. *C. de annal. exc.* ex quibus legibus constat, per illas correctum fuisse jus digestorum antiquius, quo jure actiones personales ex contractibus, furtis et similibus ortae perpetuae erant, nec ullo actoris silentio amittebantur; atque ideo non poterat contra illas opponi praescriptio, ut refertur *princ. inst. de perpet. et temporal. action.* et constat ex variis legibus.

Excipitur 1. Actio hypothecaria; ubi distinguendum est, an res hypothecata possideatur ab ipso debitore, aut haeredibus ejus, qui eam hypothecae subjecit; an a creditore secundo, cui res postea fuit oppignorata; an ab aliquo tertio, qui nec debitor, nec alterutrius eorundem haeres est. *Si primum*, contra creditorem a debitore, vel ejus haeredibus non praescribitur, nisi 40. annis currentibus a die, quo debitum erat solvendum; *l. cum notissimi* 6. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann. Si secundum*, creditor secundus adversus debitorem adhuc viventem praescribet iterum nonnisi 40. annis; hoc autem mortuo, annis 30. at si velit computare tempus, quo vixit debitor, rursum requirentur anni 40. ut habetur *loc. cit.* §. *sed cum* 2. Les. *tit.* 2. *cap.* 6. *n.* 37. Zoes. *hic n.* 4. Pirh. *n.* 123. Konig *n.* 46. *Si tertium,* si quidem iste in bona fide sit, eo, quod res hypothecata eidem sit donata, vendita etc. ignoranti, quod hypothecata sit, praescribitur ab ipso tempore ordinario, h. e. triennio, si sit res mobilis decennio inter praesentes, et vicennio inter absentes, si immobilis, et titulum praescribens habeat, sine titulo autem 30. annorum spatio; *l. cit.* §. *quamobrem* 2.

118

Excipiuntur 2. legata, et fideicommissa; quae adversus legatarium, et fideicommissarium non ordinario 10. aut 20. sed extraordinario 30. annorum tempore praescribuntur; *l. si duobus* 3. §. *sin autem* 3. *vers. sin autem avaritiae C. commun. de legat.* Covar. *p.* 3. *cap.* 3. *n.* 6. Les. *n.* 39. Vvies. *n.* 124.

Excipitur 3. actio redhibitoria ad recuperandum pretium, quando error dedit causam contractui; haec enim contra emptorem praescribitur sex mensibus, computandis a die, quo emptor rescivit vitium. Similiter actio in quanti minoris: quae est ad recuperandam partem pretii, quam noluisset dare emptor, si vitium ei perspectum fuisset, excluditur annali praescriptione; *l. Labeo* 1. *et seq. ff. de aedilit. edict.* Ubi tamen notandum, hoc solum procedere in foro externo in ordine ad actionem intentandam venditori, nam in foro conscientiae non liberatur venditor a compensando damno, nisi bona fide egerit, cum qua si egit, usucapere pretium potest triennio.

119

Excipiuntur 4. actiones competentes ecclesiae; has enim Justinianus *auth. quas actione C. de SS. eccles.* constituit, ut non aliter tolerentur, quam quadragenaria praescriptione, si sit ecclesia inferior romana; si autem romana, spatio 100. annorum. Extenditur ad actiones pertinentes ad hospitalia, et alia loca sacra, ad annuos redditus, aliasque praestationes, ecclesiis, et locis piis competentes etc. ut notat Gonzal. *in cap.* 4. *h. tit. n.* 5. et procedit hoc etiam casu, quo ecclesia succedit privato, contra quem coepta fuit praescriptio, ut supra notavi *n.* 106.

Excipiuntur 5. querela inofficiosi testamenti; nam haec quinquennio consumitur; *l. siquis* 34. *ff. inoffic. testam.* 6. Actio, quam resp. habet adversus quaestorem, et administratorem, postquam computus sunt subscripti, seu expuncti; nam haec ab ipsis quaestoribus, et administratoribus excluditur annis 20. ab eorum haeredibus annis 10. *l. in omnibus* 13. §. *reip.* 1. *ff. de divers. tempor. action.* 7. Adscriptitia, seu originaria conditio, cujus aeterna jubetur authoritas esse, ita, ut praescriptio tricennalis eidem opponi nequeat; *l. praescriptionem* 5. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annorum l. siquis* 55. *C. de decurion. leg. cum satis* 23. *C. de agricol. et censit.*

120

Actiones criminales, et obligationes ex delicto ordinarie 20. annorum spatio per praescriptionem tolluntur; *l. querelam* 12. *C. ad leg. Cornel. de fals.* Proceditque hoc non tantum quoad accusationem, sed etiam quoad inquisitionem, ita, ut lapso tempore per jus statuto, delinquens non solum non accusari, sed ne judex quidem contra illum inquirere regulariter possit, ut notat Clar. §. *fin. q.* 51. *n.* 2. Farin. *prax. crim. q.* 10. *n.* 3. Hann. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 321. Vviest. *hic n.* 128. et alii ab his *cit.* Neque obest, etsi delictum notorium, imo et confessatum sit, ut tradit idem Farin. Adduntque alii hoc procedere etiam in confessione tacita, quae fit per contumaciam, modo constet, quod delictum jam sit praescriptum. Estque

adeo verum, ut adversus hanc praescriptionem nec minoribus, nec etiam fisco detur restitutio in integrum; Farin. *q.* 18. *n.* 1. Haun. *n.* 322. Tempus hujus exceptionis incipit currere a die commissi criminis: neque opus est notitiam illius perceptam fuisse vel ab actore, vel a judice; quia praescriptiones plerumque etiam ignorantibus currunt.

121

Dixi *ordinarie*; nam 1. excipitur actio injuriarum, quae finitur tempore annali; *l. si non convitii* 5. *C. de injur.* Idem dicendum regulariter de omnibus actionibus praetoriis poenalibus; *princ. inst. de perpet. et tempor. action. l. in honorariis* 35. *ff. de O. et A.* Gonz. *in cap.* 4. *hoc tit. n.* 5. Less. *l.* 2. *cap.* 6. *n.* 36. Konig. *hic n.* 46. Neque, ut poenae praescribantur, requiritur bona fides, aut ignorantia poenae tali delicto decretae; quia poena non debetur in foro conscientiae ante sententiam; Zoes. *hic n.* 18. cum ceteris. 2. Actio doli, quae durat biennio; *l. fin. C. de dol. mal. except.* 3. Crimen peculatus; item actio, vel accusatio adulterii, stupri, incestus, lenocinii, quae, uti et cetera crimina obnoxia poenae legis Juliae de adulteriis extinguuntur quinquennio, uti de peculatu statutum est; *l. peculatus* 7. *ff. ad leg. Jul. peculat.* de ceteris *l. mariti* 29. §. *hoc quinquennium* 6. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Intellige, quoad poenas legales, non autem quoad spirituales; unde etiam transacto quinquennio, a conjuge innocente contra adulterum peti divortium potest. 4. Alia quaedam crimina, quae ob enormitatem nullo unquam tempore praescribuntur; tale est crimen parricidii; *l. fin. ff. ad leg. Pomp. de parricid.* stuprum per vim illatum mari, vel foeminae; *l. mariti cit.* §. *fin.* apostasiae; *l. siquis* 2. *et l. apostatarum* 4. *C. de apostat.* suppositi partus; *l. qui falsam* 19. §. *accusatio* 1. *ff. ad leg. Corn. de fals.* haeresis, assassinii, falsae monetae, simoniae, abortus, concussionis, laesae majestatis; Farin. *q.* 10. *cit. n.* 29. qui hoc extendit ad omnia crimina excepta, et enarratis similia.

122

Circa hanc tamen actionum criminalium praescriptionem duo sunt notanda. *Primum* est, quod in adulterio, et ceteris carnalibus, aliisque delictis, tractum successivum habentibus, aut iteratis, praescriptio currere non incipiat, nisi a die commissi ultimi delicti; gloss. *in l. mariti cit. V. commissi in fin.* Clar. §. *fin. q.* 51. *n.* 3. Fariu. *q.* 10. *cit n.* 16. Guaz. *defens. error.* 2. *cap.* 2. *n.* 35. Vviest. *hic n.* 130. *Alterum*, quod cum plura, praesertim inter se connexionem habentia, delicta conjuncta sunt, magis attendatur, quod praescriptioni minus obnoxium est; et magis perpetuum trahat ad se id, quod

minus perpetuum est; Decian. *tr. crim. l.* 3. *cap.* 37. *n.* 22. Guaz. *c.* 2. *cit. n.* 77. Vviest. *loc cit.*

123

Quaeritur 3. an, et quo tempore praescribatur censibus, et obligationibus annuis? Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 13. Laym. *lib.* 3. *theol. tr.* 1. *cap.* 8. *n.* 9. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 24. *n.* 421. distinguunt inter pensiones futuras, et inter eas, quae lapsae jam sunt, et non solutae. Ut *futuris* dicatur praescriptum, et sic in universum acquisita libertas a solvendis pensionibus, ajunt requiri, et sufficere, ut per 30. si privato, vel 40. annos, si ecclesiae solvi debent, colonus vel emphyteuta bona fide, accedente praesertim communi persuasione, pro immuni se gesserit; quia ab eo tempore, quo pro immuni se gessit, constitutus est in possessione immunitatis, et cons. in statu eandem usucapiendi, ita, ut si tempus jure requisitum decurrerit, futurae pensiones ab eo amplius peti nequeant. *Futurae*, inquam; nam *praeteritis* non hoc ipso praescriptum volunt, sed contendunt, ut etiam his praescriptum dici possit, tot requiri praescriptiones, quot sunt pensiones lapsae, et non solutae. Rationem dant, quia cum singulis annis solvenda sit pensio, ex non solutione ejusdem tot nascuntur actiones, quot non solutae sunt pensiones; quae actiones ut cessent, necesse est eas tolli per singulas praescriptiones; cons. lapsis 30. vel 40. annis colonus, vel emphyteuta solum liberabitur a pensione, quae illo tempore praestanda fuit, ceterarum vero, quae postea lapsae sunt, obligatio manet, usque dum simile tempus etiam pro ipsis fluxerit. Innuere hoc etiam videtur imp. Justinianus, dum *l. cum notissimi* 7. §. *in his* 6. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann. quae dationem*, inquit, *per singulos annos*, *vel menses*, *aut aliquod singulare tempus continent*, *tempora ... praescriptionem*, *non ab exordio talis obligationis*, *sed ab initio cujusque anni*, *vel mensis*, *vel ulterius singularis temporis computari manifestum est.*

124

Sed dicendum, hujusmodi annuis debitis et obligationibus contra privatum 30. contra ecclesias, et monasteria 40. annorum cessatione praescribi, sine ulla inter census, et praestationes praeteritas, et futuras differentia. Ita Durand. *specul. tit. de emphyteus.* §. 1. *n.* 52. Menhaca *l.* 2. *contr. illustr. c.* 55. et alii plures, quos sequuntur ex universitate nostra clarissimi doctores, Nicolaus Everhardus senior *consil.* 187. *in fine*, Arnold. Rath. *de usucap. c.* 4. *n.* 8. Haun. *tom.* 1. *tr.* 5. *n.* 358. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *inst. de usucap. q.* 24. et novissime meus in hac cathedra antecessor, et professor P. Jacob. Vviest. p. m. *hic n.* 126 *et*

127. Sumitur 1. ex *l. sicut* 3. *et l. omnes* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* ubi generali dispositione statuitur, tanto tempore extingui omnem actionem. 2. ex *l. eos* 26. *C. de usur.* ubi deciditur usurarum singulis annis praestandarum debitum 30. annorum lapsu ita extingui, ut sicut sortem, ita etiam usuras tam praeteritas, quam futuras exigendi actio, et solvendi obligatio omnino cesset. 3. ex *c. de quarta* 4. *h. tit.* ubi clericus adversus episcopum petentem sibi decimationes, et oblationes annuatim debitas, quadragenaria praescriptione se tuetur, et sine ullo discrimine inter praeteritas, et futuras liberatur. 4. ex *c. ad aures* 6. *eod.* ubi asseritur, quadragenaria cessatione a solutione decimarum *omnem prorsus actionem* (adeoque tam praeteritas, quam futuras praestationes respicientem) excludi. 5. *ex ratione*; quia quibus modis quodque acquiritur, iisdem etiam amittitur; §. *fin. inst. quib. mod. toll. oblig. et l. nihil tam naturale ff. de R. J.* jus autem annuae praestationis 30. annorum spatio acquiritur, ut communis DD. habet; ergo etc.

125

Neque obstat, quod praestationes, et anni, quibus illae debentur, molti, distinctique sint; quia cum singulae non debeantur, nisi dependenter a jure eas petendi, et obligatione easdem exhibendi, sicut hoc unum, idemque est, ita mirum esse non debet, quod una, eademque praescriptione tollatur. Putant quidem adversarii, praescribentem quoad praeteritas singulas non esse in possessione eodem tempore, quod in possessione immunitatis a solutione earum esse nequeat, antequam lapse sint, ut proinde sicut singulis annis labuntur, ita singularum immunitas singulis annis incipiat possideri. Nam dicendum, sufficienter possideri libertatem quoad praestationes singulas, quod incipiat possideri libertas a jure eas exigendi, et obligatione illas praestandi: hoc autem fit, quando praescribens bona fide desiit easdem solvere; ergo etc. *ad* §. *in his cit.* dico, ibi imp. recte statuisse praescriptionis tempus non numerandum ab initio obligationis constitutae, et observatae a debitore (quia absurdum omnino foret, creditorem, qui aliquot annis juxta conventionis tenorem pensionis percepit, elapsis 30. annis ab initio cessaturae pensionis computandis excludi) sed ab initio cessationis, non quasi totidem sint praescriptiones, quot anni, sed una praescriptio, quae ab eo anno, quo solutio facta non est initium ducat. Vide plura apud laudatum Arnol. Rath. *loc. cit.*

Addunt hic aliqui, quo tempore praescribantur alia jura eligendi, praesentandi, visitandi etc. Sed haec melius suis quaeque locis servantur.

§. VIII.

De effectibus praescriptionis, et ejusdem impedimentis.

SUMMARIUM

126

Quaeritur 1. quis sit effectus praescriptionis? Resp. Alius est communis omni praescriptioni, alius proprius praescriptioni immemoriali. *Communis et generalis*, praescriptionis effectus est, quod vel jus alienum perimat, vel dominium praescribentem transferat, eumque ab onere restituendi liberet etiam in foro conscientiae, esto, postea resciat obligationem suam, vel rem fuisse alterius, prout dictum est *n.* 5.

127

Effectus, et praerogativae praescriptionis immemorialis sunt quinque praecipue. 1. Facit, ut quod alias impraescriptibile est, praescribi possit, modo praescribens sit capax illud possidendi. Sic ea, quae jure gentium omnibus communia sunt, quaeque propterea regulariter praescribi nequeunt, spatio temporis immemorialis acquiruntur, et praescribuntur, ut recte advertit Konig *hic n.* 50. 2. haec praescriptio non censetur comprehensa statuto, aut lege, quamvis terminis generalibus prohibente fieri praescriptionem, quia specialem favorem continet, ut adeo opus sit speciali derogatione, quae tamen fieri non solet, si capacitas sit in praescribente, et res sit praescriptibilis; Laym. *lib.* 3. *theol. tr.* 1. *c.* 8. *n.* 15. 3. in subjecto capace possessionis habet vim privilegii a principe concessi; *cap. super quibusdam* 26. §. *praeterea*, *et ibi* glos. *V. non extat de V. S.* Konig *n.* 51. Hinc quod acquisibile est privilegium, etiam acquisi-

bile dicitur per hanc praescriptionem. 4. non tenetur allegans praescriptionem immemorialem allegare titulum: si tamen allegetur, etsi probari non possit nihil plerumque obest; nam ex adjuncta possessione diuturna praesumptionem, et corroborationem accipit; Laym. *loc. cit.* 5. Praescriptio haec nullum definitum annorum numerum exigit, sed sufficit, si initii illius non extet memoria: quod probari debet per testes testificantes, quod semper ita viderint, et audierint sic fuisse, et nunquam contrarium: item quod communis sit, et fuerit semper opinio, et fama de hoc facto, et quod nec initii, nec contrarii extet memoria; Laym. *loc. cit.* cum aliis.

Porro ne effectum a jure intentum sortiatur praescriptio faciunt impedimenta, quae triplicis maxime generis sunt; nam aliqua faciunt, ne incipiat, seu currat praescriptio; alia, ut coepta dormiat, vel omnino interrumpatur; quaedam, ut completa rescindatur.

128

Quaeritur 2. quando dicatur *non procedere*, vel *non currere* praescriptio? Resp. non procedere praescriptio tum dicitur, quando ob defectum alicujus conditionis requisitae aut non incipit, aut non potest incipere; Covar. *reg. possessor part.* 2. §. 12 *n.* 1. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 78. *n.* 1. *et* 2. Les. *lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 49. Pirh. *hic n.* 130. Konig *n.* 43. Hoc autem fit potissimum ob quatuor causas. 1. si desit possessio civilis. 2. si titulus, ubi requiritur. 3. si res alienari non possit, lege resistente, ut dictum est de fundo dotali, de bonis adventitiis filiif. de legato, fideicommisso, majoratu.

129

Ubi notandum, ex his rebus aliquas esse, in quibus licet non possit incipere praescriptio, potest tamen continuari jam coepta. Exemplum est in bonis adventitiis filiif. quorum alienatio facta a patre non valet, nec praebet titulum usucapiendi contra filium, donec is patriam potestatem egrediatur; si tamen praescriptio talium bonorum jam antea incaepisset, antequam pervenirent ad filium, continuari contra eundem jam caepta potest. Idem est de fundo dotali, si contra eundem, antequam dotalis fieret, incaepit praescriptio; *l. si fundum* 16. *ff. de fund. dotal*, Molin. *D.* 78. *cit. n.* 4. Less. *n.* 48. Pirh. *hic n.* 130. Ratio est, quia minus requiritur ad continuandam, quam inchoandam praescriptionem, sicut minus requiritur ad conservationem rei, quam ad ejusdem generationem.

130

Quaeritur 3. quando dicatur dormire praescriptio? Resp. Quando legitime inchoata ob impedimentum superveniens, suspenditur, et quiescit, ita tamen, ut remoto impedimento, denuo procedat, possitque tempus subsequens continuari cum praecedente, deducto solum

tempore intermedio inutili. Debet autem impedimentum hoc, ut ob id dici possit dormire praescriptio, esse impedimentum notorium, generale, et tale, ut impeditus viam non habeat illud removendi; nam si notorium non sit, praescriptio pergit currere, sed contra praescriptionem pristino domino datur restitutio in integrum, si impedimentum, quo agere impediebatur, probaverit. Similiter restitutio in integrum conceditur illi, qui spectato jure communi, agere posset, sed ob causam extrinsecam e. g. necessariae absentiae reip. causa ab agendo impeditur? At si impeditus ipsemet pro libitu removere impedimentum possit, ne quidem beneficio restitutionis gaudet; quia negligentia ejus favorem habere non debet, et qui per se tollere impedimentum valet, impeditus non censetur esse, saltem quoad juris effectum; *l. sed et si* 26. §. *ait praetor* 4. *ff. ex quib. caus. major.*

131

Communiter impedimenta, quae dormire faciunt praescriptionem, tria haec assignantur 1. tempore hostilitatis, et saevientis belli; *can. prima* 13. *caus.* 16. *q.* 2. *cap. transmissa* 10. *h. t.* Ratio est, quia tunc ob hostium incursus jus non dicitur, cum homines alio diffugiant. Idem pari ratione dicendum est, si tempore grassantis pestis jus non dicatur, ut cum communi advertunt Molin. *tract.* 2. *D.* 78. *n.* 9. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 16. *n.* 1. Haun. *to.* 1. *tr.* 5. *n.* 351. nam quamvis id jure expressum non habeatur, qui tamen non omnes casus legibus comprehendi possunt, ideo cum unius pro facti ratione, ac specie decisus fuit, ea decisio ad alios similes casus ob rationis identitatem extendi debet; *l. non possunt* 12. *ff. de LL.*

132

2. Quando ecclesia caret rectore; tunc enim praescriptio non currit contra ecclesiam; *c. de quarta* 4. *h. t. c. novit.* 1. *et cap. fin. ne sed. vac. Proceditque hoc* 1. etsi non desint alii praelati superiores, et mediati, sufficit enim, quod proprium, et immediatum pastorem non habeat, qualis est episcopus respectu ecclesiae cathedralis, abbas respectu abbatialis; nam huic specialiter incumbit agere pro rebus, et juribus suae ecclesiae; Barbos. *in c.* 1. *h. t. n.* 4. *Procedit* 2. etsi proprium rectorem habeat, sed talem, cujus facto ecclesia laesa est, quod res ejusdem male alienaverit; nam toto tempore, quo ipse vivit, praescriptio adversus ecclesiam suspenditur, cum male acta non credatur retractaturus; *can. si sacerdotes* 10. *caus.* 16. *q.* 3. *Procedit* 3. si is, quem habet, agere non potest, quia excommunicatus, suspensus, captivus, vel quovis alio modo impeditus est ab agendo; Molin. *D.* 78. *cit. n.* 7. Haun. *n.* 350. Pirh. *n.* 131. *Excipe*, nisi culpabiliter differat petere absolutionem ab excommunicatione; tunc enim videtur procedere praescriptio, cum, ut

paulo antea dixi, impeditus censeri debeat, qui tollere impedimentum potest, et alioquin excommunicatus ex propria iniquitate commodum referret.

133

3. Dormit praescriptio etiam adversus pupillum, durante pupillari ejus aetate; adversus filium quoad bona adventitia, durante patria potestate; adversus uxorem quoad fundum, et bona dotalia, vivente marito etc. ut de pupillis statuitur *l. sicut* 3. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* de filiis *auth. nisi tricennale C. de bon. matern.* et universim probat ratio; quia non valenti agere tempus non currit; *l. super* 1. *C. de annul. except. Neque obstat*, quod bona adventitia filii administret pater, dotalia uxoris maritus, hisque incumbat pro illis agere, et sic cum defensore non careant, videatur contra ipsa currere debere praescriptio, sicut currit contra minorem puberem, et ecclesiam, etsi curator, vel administrator eorum negligat pro clientis, vel ecclesiae bonis agere. Nam disparitas est; quia pater bona adventitia filii, et maritus fundum dotalem, non ut legitimus administrator filiis, et uxori datus, sed proprio jure usufructus penes se retinet, et cons. quae agit, adscribi filio, vel uxori non possunt, sicut contra adscribuntur acta ab administratore illi, pro quo administrat.

134

Quaeritur 4. quando dicatur *interrumpi* praescriptio? Resp. *Interrumpi* tunc dicitur, quando inchoata ita cessat, ut si cessante impedimento iterum reviviscat, non continuetur cum tempore priore, sed de novo debeat inchoari, et percurrere totum tempus ad praescribendum requisitum, cum totum tempus praecedens per interruptionem sit extinctum, prout sumitur ex *c. illud* 8. *h. tit.* Interruptio autem haec dupliciter fieri potest, naturaliter, et civiliter. *Naturaliter* interrumpitur praescriptio, si post eam rite inchoatam aliqua ex conditionibus requisitis deficiat, forte quod mala fide superveniat, titulus resolvatur, possessio amittatur. *Civiliter* interrumpitur, quando jus possidendi per aliquem actum juridicum in dubium revocatur, quod fit per citationem, litis contestationem, et maxime per sententiam.

135

Discrimen inter hos duos praescriptionem interrumpendi modos est notabile, idque ex duplici praecipue capite. *Primum* est, si praescriptio interrupta sit naturaliter, cessante impedimento, reviviscit non secus, acsi nulla interruptio contigisset, ut adeo tempore ordinario, a cessatione impedimenti numerando, compleri possit; at si interruptio sit civiliter per contestationem litis, exigit 40. annos a

puncto interruptionis, ut possit perfici. Proceditque hoc non tantum in actionibus personalibus, sed realibus, tametsi alias hae actiones brevissimo spatio temporis praescribendae essent; *l. fin. C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* Molin. *tr.* 2. *D.* 78. *nu.* 22. Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 16. *nu.* 8. Pirh. *hic n.* 135. *Alterum* est, si praescriptio interrupta sit naturaliter, interrupta censeri debet quoad omnes; quia deficiente possessione, deficit unum ex principalibus requisitis ad praescriptionem: At si civiliter solum interrumpatur per contestationem litis, vel citationem, solum interrupta censebitur respectu illius, cum quo lis est coepta, non respectu tertii, cum quo nulla est actio, cui proinde ista interruptio nec prodest, nec nocet: ac proinde, si Titius mihi rem aliquam bona fide possidenti litem moveat de re illa, putans eam esse suam, cum sit Sempronii, praescriptio mihi solum interrumpitur respectu Titii, non vero respectu Sempronii, et ideo licet praescriptionem, durante lite, non possim complere respectu Titii, possum tamen illam complere respectu Sempronii, ita, ut vere, etiam pendente lite mea cum Titio, Sempronius amittat dominium, nec interruptione a Titio facta deinceps tueri se possit; *l. res inter* 2. *C. quib. res judicat. non noc.* Gonzal. *in c.* 8. *h. t. n.* 7. Haun. *tr.* 5. *cit. n.* 335. Imo nec contra eum, cum quo contestata lis est, absolute praescriptio interrumpitur, sed solum sub conditione, si possessor in lite succubuerit, ut recte Molin. *D.* 78. *cit. n.* 14. Less. *c.* 6. *n.* 49. Pal. §. 16. *n.* 4. Haun. *n.* 340. Pirh. *n.* 134. Hinc si possessor postea absolvatur, praescriptio eodem modo censenda est perrexisse, acsi per litem contestatam nunquam fuisset interrupta: et ratio est, quia effectus interruptionis pendet a sententia judicis deinceps pronuntianda, tanquam a conditione, et hoc ideo, ne cuivis facile sit litem etiam calumniandi animo movendo praescriptionem interrumpere.

136

Quaeritur 5. qualis praescriptio per hujusmodi actus judiciales civiliter interrumpatur? Resp. 1. Citatio, ut *tit.* 3. *n.* 29. *in fin.* dictum est, interrumpit praescriptionem 30. annorum, non vero longi temporis. *Excipitur* praescriptio, quae fit a debitore conscio; quod v. g. servitutem, vel aliquid aliud debeat, alteri, contra quem praescribit ex eo solum, quia non exigit debitum; nam haec praescriptio, etiam dum longi est temporis, per solam citationem interrumpitur: et ratio est, quia per talem citationem virtualiter exigitur debitum, prout habetur *l. cum notissimi* 7. *princ. et* §. *imo et illud* 5. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* Molin. *tr.* 2. *D.* 78. *nu.* 15. Pal. *p.* 22. §. 16. *n.* 5. Haun. *tr.* 5. *n.* 339. Pirh. *hic n.* 134. Vviest. *n.* 158. Imo haec psaescriptio interrumpitur etiam per traditionem

pignoris, vel per exhibitionem novae exactionis, quae a debitore creditori fiat; §. *imo cit.* et notant Molin. Pal. Pirh. *l. citt.* quia est nova debiti confessio, et obligatio.

137

2. Litis contestatio interrumpit praescriptionem etiam longi temporis, videlicet 10. vel 20. annorum, ut dictum est, *tit.* 5. *n.* 8. Ad quem effectum requirunt aliqui, ut actor litem contestetur animo illam prosequendi, et non tantum animo interrumpendi praescriptionem; alii vero negant. Rectius distinguitur cum Molin. *D.* 78. *cit. n.* 14. Pal. §. 16. *n.* 4, Haun. *n.* 346. Pirh. *n.* 134. *cit.* nam si ex circumstantiis constat, aut vehemens est praesumptio juxta arbitrium judicis, litem dolo motam ab actore esse, et contestatam animo solum interrumpendi praescriptionem, eamque prolongandi, cum fraus sua nemini prodesse debeat, neutiquam censebitur interrupta, vel prolongata, ut colligitur ex *l. fin. C. de praescr.* 30. *vel.* 40. *ann.* at si doli praesumptio nulla adsit adversus cedentem lite post contestationem illius, interrupta censebitur, ita, ut actio ad 40. annos perpetuetur; *l. fin. cit.* ibi. *Eam tamen in* 40. *annorum etc.*

138

Dubium est, an litis contestatio interrumpat etiam praescriptionem triennalem? Affirmativa videtur evinci 1. ex *l. ut perfectius* 2. *C. de annal. except.* ubi dicitur triennalem praescriptionem interrumpi etiam per denuntiationem factam praesidi, si possessor praescribens propter absentiam, potentiam, vel infantiam conveniri non potest: ergo multo magis interrumpetur per contestationem litis. 2. ex *l. nemo* 10. *C. de acquir. et retin. possess.* ubi generaliter, et indistincte decernitur legitimam possessionem cessare, ubi litis contestatio intervenerit. 3. ex *l. sed et si* 25. §. *si ante* 7. *ff. de haeredit. petit.* ubi dicitur post litem contestatam omnes incipere malae fidei possessores esse; ubi autem bona fides desinit, praescriptio interrumpitur: ergo etc.

139

Haec sententia est valde probabilis, et ut Konig. *hic n.* 55. existimat, communior inter DD. Negativa tamen non est minus probabilis, eamque tenet Abb. *in c.* 8. *h. t. n.* 11. Covar. *reg. possessor. p.* 2. §. 12. *n.* 4. *concl.* 1. Molin. *D.* 78. *n.* 12. Pirh. *hic n.* 134. Vviest. *n.* 156. et alii ab his *citt.* Colligitur ex *l. pro emptore* 2. §. *fin. ff. pro emptor. l. si post acceptum* 18. *ff. de R. V. l. Julianus* 9. § *proinde* 6. *ff. ad exhibendum.* Ratio, et disparitas inter praescriptionem triennalem, et ceteras est, quia praescriptio triennalis potissimum inducta est in favorem praescribentis, praescriptio autem longissimi temporis maxime contra negligentiam, et in

odium debitum non exigentis, inter quas medio quasi modo se habet praescriptio longi temporis, dum partim inducta est in favorem praescribentis, partim in odium negligentis debitum petere: hinc convenit, ut praescriptio longissimi temporis interrupatur sola citatione, longi temporis, litis contestatione, triennalis, solum per sententiam, Quare qui triennium lite pendente complet, vere complet praescriptionem, et facit rem, quam triennio possedit, suam, sed revocabiliter; nam si post lapsum triennium adversus possessorem sententia lata sit, res possessa restitui debet ei, pro quo judicatum est, non habita ratione usucapionis.

140

Ad textus oppositos congrue responderi potest. *Ad* 1. dici potest, eo textu tantum significari per ejusmodi denuntiationem infirmari praescriptionem, ita, ut per sententiam condemnatoriam subsecutam adversus possessorem non amplius teneat. *Ad* 2. id intelligendum est, non quasi post litis contestationem possessor reipsa amitteret possessionem; si enim hoc esset, tunc neque contra tertium curreret praescriptio, nec secuta sententia absolutoria, tempus litis motae computaretur, ut fieri dictum est *a.* 134. sed ita, ut fingatur non possidere; quia quoad juris effectum perinde est, acsi non possideret, saltem secuta sententia condemnatoria. *Ad* 3. id pariter intelligendum est de mala fide, non theologice tali, sed quae talis est fictione juris ad hoc introducta, ut quasi in suspenso sit praescriptio, et pendeat ex eventu ferendae sententiae.

141

3. Per sententiam, ut *n.* 138. dictum est, interrumpitur etiam praescriptio triennalis. Ubi tamen duo sunt advertenda. *Primum* est, quod haec sententia debeat esse judicialis. Hinc non interrumpitur praescriptio legitime inchoata adversus romanam ecclesiam per sententiam excommunicationis singulis annis feria V. in coena domini promulgari solitam in occupantes, et detinentes bona ad eam ecclesiam spectantia; quia judicialis non est, et solum fertur in malae, non bonae fidei possessores; Covar. *reg. possessor. p.* 2. §. 12. *n.* 5. Molin. *D.* 78. *n.* 18. Pal. §. 16. *n.* 5. Haun. *n.* 343. Pirh. *n.* 135. Vviest. *n.* 160. *alterum* est, quod sententia, etiam judicialiter lata, si tantum facta sit quoad certos articulos, non extendatur ad alios etiam similes, in quibus possessio non est interrupta: unde quoad hos adhuc perget praescriptio, sicut pergit possessio, et bona fides; nam mala fides respectu unius partis, aut juris non tollit bonam fidem respectu alterius, ut dixi *supra n.* 79.

142

Quaeritur 6. quando rescindi praescriptio jam completa possit? Resp. posse occasione laesionis, quam praescriptione passi sunt ii, qui beneficio restitutionis in integrum gaudent. Conceditur autem haec secundum dicta *lib.* 1. *tit.* 41. *a n.* 1. 1. *minoribus* quadriennio integro a die, quo majores facti sunt, *i.* e. ab anno 25. completo ad annum 29. completum; *l. un. C. si advers. usucap. l. fin. C. de tempor. in integr. restit. l. fin. C. in quib. caus. restit. in integr. necess. non est.*

2. *Ecclesiis*, et aliis *piis locis* integro quadriennio numerando a die, quo re intellecta integrum fuit restitutione petere; *c. ecclesia* 1. et *c. seq. de in integr. restit. in* 6. junct. *l. fin. citat.* Ratio est, quia ecclesiae sunt instar minoris, et pupilli, cum sicut hi, ita etiam ipsae per alios debeant agere.

143

3. *Civitatibus*, *oppidis*, *pagis etc.* in rebus saltem mobilibus; nam si per usucapionem triennalem adversus ipsam praescriptum est petere adversus laesionem restitutionem in integrum possunt; quia et ipsae privilegio minorum gaudent, cum non secus, ac minor, aliorum opera, et ministerio gubernentur.

4. *Majores* ex causa, quae judici juxta videbitur, *l. hujus edicti* 1. §. *fin. ff. ex quib. caus. major. l. praetor ait* 1. §. *siquis propter* 9. *ff. de itiner. actuq. privat. l. fin. C. de temp. in integr. restit.* Idque locum habet etiam in praescriptione longissima, ut notat Bartol. *in l. praetor ait cit.* Pal. *tr.* 31. *D. un. p.* 22. §. 17. *n.* 3. quia *citt.* legibus restitutio in integrum majoribus conceditur absolute ex justa, et probabili causa. Vide plura *lib.* 1. *tit.* 41. *a. n.* 8.

PARS IV.

Finis litis.

Finis liti imponitur per sententiam, si ab ea non appelletur, sed permittatur transire in rem judicatam. Hinc examinatis tum ordinatoriis, tum instructoriis judiciorum, superest dicendum 1. De sententia, et re judicata. 2. De appellationibus. 3. De profectione ad sedem apostolicam, quae vim, et effectum appellationis habet. 4. De confirmatione sententiae, a qua appellatum est, et occasione hujus de confirmationibus aliorum actuum tum judicialium tum extrajudicialium.

TITULUS XXVII.

De sententia, et re judicata.

Postquam partes hinc inde per probationes, exceptiones, replicationes etc. allegarunt merita causae, sequitur conclusio in eadem, et hac sententia. Quare sit

§. I.

De conclusione in causa.

SUMMARIUM

1 *Definitio conclusionis in causa, et divisio in expressam, et tacitam.*
2 *Puram, et eventualem; generalem, et specialem.*
3 4 5 *Non est de substantia processus judicialis,*
6 *In causa concludunt partes, quod fieri etiam per procuratorem potest.*
7 *Modus concludendi in causa.*
8 *Fieri potest ore, vel scripto.*
9 *Finis conclusionis in causa.*
10 *Effectus conclusionis eventualis.*
11 *Purae.*
12 13 *Causae, in quibus post conclusionem edi instrumenta, et probationes produci possunt.*
14 15 16 *Casus alii, in quibus hoc licitum est.*

1

Quaeritur 1. quid, et quotuplex sit *conclusio in causa*? Resp. *Conclusio in causa* est ultimus actus praecedens sententiam, et ad

acta pertinens. Definire solet, *quod sit probationum, et disputationum ulteriorum renuntiatio*; Marant. *de ordin. judic. tit. de conclus. in caus. n.* 1. Gaill. *l.* 1. *obs.* 107. *n.* 3. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 17. *n.* 6. Hiltrop. *de process. judic. p.* 3. *tit.* 29. *n.* 2. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 1143. Cum hac definitione coincidit, quam alii afferunt, et *conclusionem in causa* dicunt *submissionem controversiae ad decisionem.*

Concludere in causa igitur nihil aliud est, quam *ulterioribus probationibus, et allegationibus renuntiare, et controversiam agitatam submittere decisioni judicis.* Quod cum dupliciter fieri possit, tacite, et expresse, hinc duplex etiam dicitur esse causae conclusio, una *expressa*, quando simpliciter expressis, et disertis verbis renuntiatur omnibus probationibus, et exceptionibus juris, et facti; altera *tacita*, quando non ita expressis verbis renuntiatur, sed partes, nulla interposita protestatione de non amplius deducendo jure suo, simpliciter referunt causam ad sententiam, vulgo, *Bitten den Reichter stracks das Urtheil zu sprechen.* Hiltrop. *l. cit. n.* 9. Engl. *hic n.* 1. Konig *n.* 2.

2

Cum vero renuntiatio haec a partibus aliquando fiat non pure, sed cum reservatione, vel conditione aliqua, hinc ulterius conclusio in causa dividitur in puram, et eventualem. *Pura* est, quae simpliciter, et absolute causam concludit. *Eventualis*, quae fit cum conditione, et protestatione, et reservatione, ut si etiam pars adversa concludat, si ea nihil novi amplius attigerit, si nihil facti de novo emerserit etc. Hoc modo concludendi semper uti deberet ille, qui prior concludit; cum enim nesciat, an non adversarius adhuc aliquid producturus sit, quod refutationem, aut responsionem postulet, nunquam deberet sibi ipsi os occludere penitus, et allegationibus omnibus, vel responsionibus simpliciter renuntiare; Hiltrop. *loc. cit. n.* 13. *et seqq.* Engl. *n.* 1. *cit.* Konig *n.* 3.

Potest autem concludi vel in tota causa, vel tantum super aliquo articulo, aut quaestione incidente e. g. in reprobatione testis, vel instrumenti etc. Si primo modo fiat conclusio, dicitur *conclusio in causa generalis*; si secundo modo, *specialis.* Prior viam ad sententiam definitivam praeparat, posterior ad interlocutoriam; Rosbach. *process. tit.* 70. *n.* 7.

3

Quaeritur 2. an conclusio in causa sit de substantia processus judicialis? Affirmant glossa *in Clem. saepe.* 2. *V. conclusione de V. S.* Felin. *in c.* 9. *de fid. instrum. n.* 33. Bald. *in Margarit. V. renuntiatio, et conclusio.* Menoch. *de arbitr. l.* 1. *quaest.* 35.

51 *

num. 8. *et seqq.* Gilcken *in auth. jubemus C. de judic. num.* 5. Brunnem. *in lib.* 9. *cod. eod. num.* 6. Konig *hic n.* 9. qui hoc deducit 1. ex *cap. quoniam* 11. *de probat.* ubi ad evitandum periculum, *ne falsitas veritati praejudicet*, praecipitur judici, ut *tam in ordinario judicio, quam in extraordinario semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam; aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant, videlicet citationes, dilationes — conclusiones etc.* igitur eadem erit necessitas conclusionis in causa, quae citationis; haec autem pertinet ad substantiam processus. 2. Ex *cap. cum dilectus* 9. *de fid. instrum.* ubi statuitur instrumenta produci posse etiam post publicationem attestationum usque ad sententiam definitivam, *antequam sit in causa conclusum*: cons. pontifex videtur requirere conclusionem in causa. 3. Ex *ratione*, quia facultas probandi, et defensio nemini est neganda. Igitur dum renuntiaverit ipsemet ulterioribus probationibus, et defensionibus, sicque in causa concluserit, semper jus habet afferendi pro se probationes, et defensiones.

4

Verum contraria sententia videtur verior, quam etiam tenent Abb. *in cap.* 9. *de fid. instrum. num.* 1. Marant. *de ordin. judic. part.* 6. *tit. de concl. in caus. num.* 9. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 17. *n.* 1. *et seqq.* Gaill. *lib.* 1. *obs.* 107. *n.* 1. *et* 2. qui ajunt conclusionem in causa magis esse de consuetudine, quam de substantia judicii, et hic sine vitiatione processus, in processu tam summario, quam ordinario omitti eandem posse. *De processu summario* clara sunt verba *Clem. cit.* ibi, *sententiam definitivam — proferat, etiam (si ei videbitur) conclusione non facta*: et consentiunt etiam plerique ex adversariis. Quoad *processum ordinarium* favere adversae sententiae videntur verba ejusdem *Clem.* in fine. *Si tamen in praemissis solemnis ordo judiciarius in toto, vel in parte, non contradicentibus partibus, observetur* (intellige in processu summario) *non erit propter hoc processus irritus, nec etiam irritandus.* Inter ea autem, quae in solemni judicio ordinario peraguntur, etiam est conclusio in causa; ergo etc. Verum haec verba non probant, conclusionem in causa esse de substantia processus ordinarii, sed ad summum, quod adhibenda sit, ubi consuetudo sic habet. Et talem consuetudinem testantur Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 29. *n.* 32. Mynsing *loc. cit. n.* 5. Gaill. *n.* 2. esse in camera, ubi nulla sententia publicatur, ne quidem interlocutoria, nisi in causa legitime conclusum sit.

5

Minus efficacia sunt reliqua argumenta supra adducta. *Ad* 1. id solum probat, conclusionem in causa referri in acta debere, quando adhibetur in judicio: patet ex ipso textu; nam idem dicitur de judicio extraordinario, seu summario, et tamen certum est, fatentibus adversariis, ibi conclusione in causa non esse opus. *Ad* 2. eadem est responsio, videlicet instrumenta produci posse usque ad sententiam, sed non post conclusionem in causa, si haec adhibeatur. *Ad* 3. si judex potest allegationibus, et probationibus statuere terminum, ut eo lapso, hoc ipso censeatur conclusum in causa, quare non etiam procedere ad sententiam sine conclusione in causa, si liquidam eam esse viderit? Certe eo casu nihil defensionis aufertur partibus, sed tantum suspectae morae, et dilationes tolluntur.

6

Quaeritur 3. quis concludere in causa possit, et quomodo id fieri debeat? Resp. Concludere in causa possunt partes litigantes; Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 1157. Engl. *hic n.* 2. Konig. *n.* 4. Potestque id facere etiam procurator nomine sui principalis, modo ad id specialiter mandatum habeat, ut habet *ordin. camer. part.* 3. *tit.* 23. §. *es solle auch.* et notat Haun. *loc. cit.* Konig. *n.* 8. Ratio est, quia conclusio est species renuntiationis, quae per alium sine speciali mandato fieri nequit. Uter autem prior concludat, actor, vel reus, parum refert, modo hoc observetur, ut sicut prima scriptura fuit actoris, ita ultima permittatur reo, ne alioquin iste deterioris conditionis sit, et una scriptura habeat minus.

7

Modus concludendi in causa sequens est, quem refert Haun. *n.* 1145. et alii. Finitis allegationibus, et responsionibus, seu (ut alii loquuntur) recessibus, judex quaerit ex partibus, an aliquid ulterius habeant, quod ad causam, et hujus decisionem putent facturum. Quodsi nihil habeant partes exigere ab illis debet, ut allegationibus renuntient, et sic concludetur in causa. At si utraque velit adhuc proponere pro se aliquid, audientur, et his auditis, renuntiatione ulteriorum probationum facta, concludetur in causa. Si vero una quidem renuntiaverit, altera autem dicat se adhuc aliquid habere, judex modis omnibus eam partem, quae utitur dilatione, compellet, ut intra 30. dies, quod habet, proponat: quod si non fecerit, tunc ad ejus malitiam superandam alter mensis eidem indulgetur a judice; si vero adhuc distulerit, tertii mensis dilatio eidem praebetur: sed hoc lapso, si allegationes suas non proposuerit, causae cognitor non amplius expectabit: sed causam ipso facto pro con-

clusa habebit, atque ad sententiam ferendam procedet, prout sumitur ex *auth. jubemus C. de judic.*

8

Ceterum conclusio in causa potest fieri ore, vel scripto; neque enim ad hanc requiritur solemnitas alia, quam ut sufficienter constet de mente volentis concludere, et ulterioribus probationibus renuntiare. Hinc nulla vel in jure communi, vel in *ordinat. camer.* praescripta est certa formula. Vulgaris est, ut partes in ultima sua scriptura adjungant, quod hisce in causa concludere, et se ad sententiam submittere velint. Quod etiam statim ad acta est referendum; neque enim praesumitur esse conclusum in causa, nisi ex actis probetur; *c. quoniam* 11. *de prob.* Rosbach. *prax. civil. tit* 70. *n.* 2. Konig *n.* 10. cum aliis.

9

Quaeritur 4. quis sit *finis et effectus* conclusionis in causa? *Resp. Finis* conclusionis in causa est, ut veniatur ad finem processus judiciarii, et tollantur moratoriae ambages, quibus alias lites redderentur immortales, nisi probationibus, et exceptionibus non necessariis praecluderetur via.

10

Effectus ejusdem alius est, si eventualiter sit conclusum in causa, alius, si pure et simpliciter. *In eventuali conclusione causae* spectandum est, sub qua conditione, aut reservatione facta sit. Quando actor conclusit sub conditione, *si etiam reus concludere velit*, suspenditur effectus ejusdem usque ad eventum conclusionis etiam a reo factae, et hinc si reus adhuc aliquid proponat, non impedietur etiam actor respondere objectis. Quodsi concludens adjecit clausulam cum oblatione *si quid facti*, qua videlicet se offerat ad ulteriorem probationem allegatorum a se, clausula haec id operatur, ut si judex postea deprehendat causam pleniore egere probatione, eo facilius rescindat conclusionem factam, et sic concludenti ulteriorem probationem injungat. Si denique pars conclusionem in causa fecerit cum clausula, *salva productione scripturarum*, per additionem clausulae hujus id lucratur, ut instrumenta producere possit, etiam postquam sic in causa conclusum est; quia quoad illa conclusum non est. Ubi tamen judex diligenter cavebit fraudes, et si fraudulenter agi, quaerique solum dilationes adverterit, ejusmodi clausulas non admittet. Haec de eventuali conclusione.

11

Effectus *conclusionis purae in causa est*, quod post eam regulariter nulla amplius admittatur probatio, vel exceptio; *cap. cum di.*

lectus 9. *de fid. instrum. cap. pastoralis* 5. *de caus. poss. et pror.* Covar. *pract. q. c.* 20. *n.* 8. Marant. *de ord. judc. part.* 6. *tit. de concl. in caus. n.* 1. Menoch. *l.* 1. *de arbitr. q.* 35. *n.* 1. *et* 9. Gaill. *l.* 1. *obs.* 107. *n.* 4. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 56. *n.* 2. Hiltrop. *p.* 3 *tit.* 29. *n.* 3. Brunnem. *in l.* 13. *C. de appellat. n.* 3. *et in auth. jubemus C. de judic. n.* 2. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 1147. Konig *hic n.* 12. Vviest. *n.* 4. Ratio est, quia conclusio in causa est terminus exclusivus omnium probationum, propterea quod facta conclusione, dicatur omnino liquere de causa; gloss. *in c. significaverunt* 36. *V. liquere de testib.* Dixi autem *regulariter*; nam in specialibus quibusdam causis, et casibus regula haec de instrumentis, et probationibus non recipiendis post conclusionem in causa fallit. Atque hinc ulterius.

12

Quaeritur 5. in quibus causis instrumenta edi, et probationes produci post conclusionem in causa possint? Resp. 1. *in causis minorum*, et eorum, qui fruuntur privilegio minorum, ut sunt ecclesiae, et loca religiosa; nam hi post conclusionem in causa edere instrumenta possunt, petita restitutione in integrum; *c. auditis* 2. *de in integr. restit.* Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de concl. in caus. n.* 3. Menoch. *lib.* 1. *de arbitr. q.* 35. *n.* 19. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 17. *n.* 8. *et cent.* 6. *obs.* 56. *n.* 12. Brunnem. *process. civil. cap.* 26. *n.* 9. Konig. *hic n.* 56. Vviest. *n.* 10. et novissime claris. P. Schmier *process. judic. c.* 15. *n.* 23.

2. *In causis criminalibus*; nam in his, etsi conclusum in causa sit, admittuntur instrumenta, testes, et aliae probationes a reo oblatae, donec fuerit prolata sententia; *l. divi fratres* 27. *princ. ff. de poenis*, *l. in criminibus* 1. §. *siqui. ultro* 27. *et l. unius* 18. §. *cogniturum* 9. *ff. de quaest. loc. cit.* notat Marant. *n.* 8. Menoch. *n.* 12. Mynsing. *obs.* 56. *n.* 8. Gaill. *obs.* 107. *n.* 12. Hiltrop. *n.* 6. Haun. *n.* 1151. P. Konig *n.* 17. P. Vviest. *n.* 7. P. Schmier *n.* 24. Proceditque hoc, quando agitur de poena corporali, non vero, de pecuniaria; quia in illa fit praejudicium irreparabile, et defensio est juris naturae, cui lex positiva derogare non potest.

13

3. *In causa matrimoniali*; nam quia haec aequipollet criminali ob gravitatem rei, idcirco sicut in criminalibus, ita etiam in hac causa locus est novis probationibus post conclusionem in causa; Gonzal. *in c.* 9. *de fid. instr.* Gaill. *n.* 12. Hiltrop. *n.* 5. Haun. *n.* 1151. Konig. *n.* 18. Vviest. *n.* 8. P. Schmier *n.* 25. Ratio est, quia etiam haec causa requirit probationes concludentes, et liquidissimas, praesertim si agatur de vinculo matrimonii dissolvendo. Accedit, quia in causa matrimoniali etiam post sententiam permissum est uti no-

vis, imo etiam contrariis allegationibus, et probationibus, ut habetur *c. lator* 7. *et c. consanguinei* 11. *hoc tit.* ergo multo magis id licebit post conclusionem in causa.

4. *In causa appellationis;* nam in hac produci possunt instrumenta, et probationes, quae antea ob causae conclusionem produci non poterant; *l. per hanc* 4. *C. de tempor. et reparation. appellat.* Hiltrop. *n.* 9. Mynsing. *n.* 13. Menoch. *n.* 20. Haun. *n.* 1156. Konig. *n.* 19. Vviest. *n.* 10. Schmier *n.* 26. Ratio est, quia per appellationem couclusio in causa tollitur. *Excipitur*, nisi partes expresse dixissent, se simpliciter concludere, et probationibus renuntiare, etiam in casu interponendae appellationis; tunc enim talis renuntiatio valeret, cum quilibet renuntiare favori, pro se introducto, possit.

5. In aliis etiam causis, sed in casibus certis; et propterea ulterius.

14

Quaeritur 6. in quibus casibus admitti testes, instrumenta, probationes, et similia possint etiam post conclusionem in causa? Resp. 1. Si judici ex legitima causa ita videatur esse admittenda; Abb. *in c.* 9. *de fid. inst. n.* 3. Menoch. *lib.* 1. *de arbitr. q.* 35. *n.* 10. *et* 22. Gaill. *lib.* 1. *obs.* 107. *n.* 5. *et seq.* Hiltrop. *p.* 3. *tit.* 29. *n.* 23. Brunnem. *in auth. jubemus C. de judic. n.* 6. Haun. *tom.* 5. *tr.* 4. *n.* 1148. Konig *hic n.* 13. Vviest. *n.* 6. et novissime P. Schmier *de process. judic. c.* 15. *n.* 22. Ratio est, quia judici in causa nunquam concluditur; *c. Joannes* 10. *de fid. instr.* Proceditque hoc, ut ex Felino notat Haun. *loc. cit.* ut judex interrogare partes post conclusionem in causa possit, non solum ad declarationem recte actorum, sed etiam ad fundandam de novo intentionem partis, et sic in vim novae probationis, et faciendo novas positiones. *Neque obstat*, quod in jure saepe dicatur, paria esse conclusum esse in causa, et sententiam latam; nam hoc tantum verum est respectu partium, non vero judicis, cujus officium solum quiescit, quando tulit sententiam.

2. Recipiuntur instrumenta, si noviter reperta sint post conclusionem in causa; *arg. c. pastoralis* 4. *de except. l. oratione* 7. *ff. de feriis* et habetur *in ordinat. camer. p.* 3. *tit.* 23. *von mendlichen Beschlessen*, Menoch. *loc. cit. n.* 13. Gaill. *n.* 10. Mynsing. *obs.* 56. *n.* 9. Hiltrop. *n.* 19. Brunnem. *n.* 4. Haun. *n.* 1150. Konig *n.* 15. Vviestner *n.* 9. Schmier *n.* 21. Ratio est, quia, quae de novo emergunt, novo indigent auxilio; *l. de aetate* 11. §. *ex causa* 8. *ff. de interrogat.* Accedit, quod tempus concessum ad producenda instrumenta currat solum a die habitae notitiae, non antea; *cap. pastoralis cit.* Duo tamen hic advertenda sunt. *Primum* est, ut nulla sit

admissa negligentia in perquirendis instrumentis ante conclusionem; nam in poenam instrumenta deinceps reperta non recipiuntur. *Alterum*, ut producens ejusmodi instrumenta juramento firmet se noviter ea reperisse, vel post conclusionem ad eorum notitiam pervenisse; *cap. pastoralis citat.*

15

3. Valet receptio instrumentorum, etsi non de novo repertorum, si ea fiat parte contraria presente, et non contradicente, quia tali casu a conclusione recessum, vel illa a judice revocata censetur; Felin. *in c.* 9. *de f.d. instrum. n.* 17. Abb. *ibid. n.* 3. Menoch. *n.* 14. Mynsing. *n.* 10. Haun. *n.* 1154. Vviestner *n.* 9.

4. Instrumenta, etsi de novo confecta sint, si per ea litigantes, non exspectata sententia, a lite discedere velint, judex etiam post conclusionem in causa admittere debet; Menoch. *n.* 18. Mynsing. *n.* 11.

5. Admittitur probatio per confessionem partis adversae, aut per evidentiam facti, et inspectionem ocularem; quoniam ista probatio omne genus probationis superat; Marant. *loc. cit. n.* 5. et 6. Menoch. *n.* 19. Mynsing. *n.* 10. et 11. Brunnem. *n.* 4.

16

6. Post conclusionem in causa opponi potest exceptio excommunicationis, et quae ad hanc probandam sunt necessaria; *arg. c. pia* 1. *hoc tit. in* 6. Haun. *n.* 1152. Et idem est de ceteris exceptionibus, quae post sententiam opponi possunt; nam eae etiam locum habent post conclusionem in causa; Brunnem. *loc. cit. n.* 7.

7. Non vetatur pars etiam post conclusionem in causa probationem suam declarare, cons. potest instrumenta, et scripturas proferre, etsi non ad probandum, tamen ad declarandum priores probationes; Menoch. *n.* 23. Mynsing. *n.* 5. qui testatur etiam in camera hoc observari. Ratio est, quia declaratio nihil novi affert; *arg. l. haeredes* 21. §. *sed et si notam. ff. qui testam facer. poss.*

8. Licet post conclusionem in causa exhibere allegationes juris, et requirere consilium a facultate aliqua juridica, illudque offerre judici; Bald. *in auth. jubemus n.* 9. *C. de judic.* Brunnem *ibid. n.* 7. *et in l.* 9. *C. eod. n.* 10. Marant. *loc. cit. n.* 2. Menoch. *n.* 21. Gaill. *n.* 13. Mynsing. *n.* 14. Hiltrop. *n.* 3. Haun. *n.* 1153. Konig *n.* 14. *hic.* Vviestner *n.* 5. Ratio est, quia per hujusmodi consilia DD. et allegationes juris non contravenitur conclusioni factae, sed ea tantum exhibentur judici pro meliore informatione, et instructione; cons. non renovant litem semel conclusione terminatam, neque tardant, sed magis promovent sententiam.

§. II.

De sententia.

SUMMARIUM

17 *Sententiae definitio, et divisio in definitivam, et interlocutoriam.*
18 *Harum subdivisiones.*
19 *Tempus, quo ferri interlocutoria debet.*
20 21 *Differentia inter hanc, et definitivam.*
22 23 24 *Pronuntiatio arbitri proprie non est sententia.*
25 *Proprie dicta sententia tamen est interlocutoria.*
26 27 *Requisita ex parte judicis, ut legitime ferre sententiam possit.*
28 29 30 *Quid faciendum sit judici, cum uterque litigans causam probabilem fovet.*
31 32 *An judex necessario de quaestione incidente, vel emergente pronuntiare debeat verbis expressis?*
33 34 *An valeat sententia lata a pluribus judicibus, quorum unus jurisdictione e. g. ob excommunicationem privatus est?*
35 *Quaenam sententia praevaleat, quando in una, eademque causa duo, vel plures judices diversa pronuntiant?*
36 *An, et quando sententia lata a judice revocari possit?*
37 *Qualis debeat esse sententia, ut sit legitima?*
38 39 *Qualis incertitudo, vel conditio obsit valori sententiae?*
40 *Quomodo sententia debeat esse conformis libello?*
41 42 *An, et quando sententia lata contra jus constitutionis sit irrita?*
43 44 45 *An sententia, quae lata est contra jus litigantis, ipso jure subsistat?*
46 47 48 *An aliquando judex contra jus strictum ex aequitate, vel alia causa pronuntiare possit?*
49 *Quid dicendum de sententia lata contra privilegium?*
50 51 *Sententia ferri debet, partibus litigantibus legitime citatis.*
52 *Cum causae cognitione, et servato juris ordine.*
53 *A judice sedente pro tribunali.*
54 *Ex scripto.*
55 *Proprio judicis ipsius ore.*
56 *In loco publico.*
57 *Antequam lapsu triennii in causa civili, et bienni in criminali instantia sit perempta.*
58 *Eo die, et hora, ad quam facta est citatio.*
59 *Die non feriato, et quidem interdiu, et non de nocte.*
60 *In eum, qui litem contestando suscepit judicium.*
61 *Non est necesse exprimi causam, qua judex permotus est ad condemnationis, vel absolutionis sententiam.*

17

Quaeritur 1. quid sit *sententia*? *Resp. Sententia a sentiendo* dicitur; quia judex per illam declarat, quid ipse in causa dubia,

et inter partes controversas sentiat. Definitur, quod sit *pronuntiatio judicis super re a litigantibus proposita*. Duplex est; definitiva, 'et interlocutoria. *Definitiva* est, quae negotio, seu causae, principaliter in judicium deductae, finem imponit vel absolvendo, vel condemnando. *Interlocutoria*, quae inter principium, et finem causae, non super quaestione principali, seu tantum super aliquo incidenti, vel emergenti profertur, v. gr. super libello emendando, danda, vel neganda dilatione, admittendo, vel repellendo procuratore, teste etc. Ita glossa *in Clem. un. V. definitiva de sequestr.* Host. *in summ. hoc tit. n.* 2. Durant. *specul. tit. de sentent.* §. 2. *n.* 1. Marant. *de ordin. judic. part.* 6. *tit. de sentent. act.* 1. *n.* 2. Hiltrop, *process. judic. part.* 4. *tit.* 1. §. *quot. mod. sentent. n.* 6. *et* 11. Pax Jordan. *lib.* 14. *tit.* 25. *n.* 16. *etc.* Prima *definitiva* dicitur, quia definit, et terminat litem; altera *interlocutoria* a modo proferendi; quia summarie, sine solemnitate, inter principium, et finem litis, quasi interloquendo fertur. Unde quidquid judex post litem contestatam ante sententiam definitivam ad causam controversam faciens statuit, vel decernit in judicio, sententia interlocutoria dicitur, ut recte Pirhing *hic num.* 1.

18

Dub. 1. quotuplex sit sententia definitiva, et interlocutoria? Resp. Sententia definitiva triplex maxime est, videlicet *absolutoria*, quae reum absolvit; *Condemnatoria*, quae reum damnat; et infligit ei poenam, quae ante inflicta non erat, quamvis forte lex jussisset eam infligere; et *declaratoria criminis*, quae reum non damnat, sed solum declarat commissum esse crimen, et condemnationem prius per legem factam ostendit: unde fit, ut ea sententia quoad effectum retrotrahatur ad momentum, quo crimen patratum est.

Interlocutoria sententia alia simplex, alia mixta est. *Simplex* dicitur, quae intra fines interlocutoriae manet, neque obest negotio principali, ut si judex concedat dilationem, si partes certo die adesse jubeat, si exceptionem aliquam admittendam esse pronuntiet. *Mixta* ulterius progreditur, et vim definitivae babet; quia post eam alia sententia non speratur. Talis est, qua judex absolvit partes ab observatione judicii, vel instantiae, quia juramentum purgatorium defert parti, qua pronuntiat actorem sufficienter probasse intentionem suam, qua dicit se esse incompetentem, vel contra, qua exceptionem peremptoriam admittit, vel rejicit etc.

19

Tempus, quo ferri interlocutoria debet, in *mixta* aliquando est ante contestationem litis post citationem, ut si judex incompetens citet, et pars citata contra incompetentiam ejusdem excipiat;

plerumque autem post litis contestationem, a qua sola, ut *tit.* 5. *n.* 1. dixi iis, et judicium incipit: in *interlocutoria simplici* tempus ordinarium est inter principium litis, quod litis contestatione fit, et finem ejusdem, qui per sententiam definitivam imponitur.

Dixi *ordinarium*; nam, ut *l. a divo Pio* 15. §. *in venditione* 2. *ff. de re judic.* dicitur, etiam post sententiam definitivam judices interloqui solent, in processu saltem executivo. Verum haec proprie non est interlocutoria sententia, sed talis ab effectu dicitur, quia sc. ad negotium principale non pertinet, cum hoc jam sit decisum per definitivam sententiam. Siquis una definitione etiam hanc cum ceteris interlocutoriis velet complecti, dicere cum Vall. *hic* §. 1. *n.* 6. potest, quod interlocutoria sit pronuntiatio judicis facta ad alicujus articuli expeditionem.

20

Dub. 2. quomodo inter se differant interlocutoria, et definitiva sententia? Resp. plures sunt differentiae; nam 1. differunt in *significatione nominis*; quia si nomen sententiae in aliquo statuto ponatur simpliciter, de definitiva intelligi debet, nisi de interlocutoria intelligendum ratio, vel circumstantiae suadeant.

2. *Quoad effectum*; nam definitiva terminat causam, non vero interlocutoria: per illam damnatus in certis causis, praesertim criminalibus, incurrit infamiam, non item per ullam interlocutoriam.

3. *Quoad formam*; nam sententia definitiva debet ferri absolute, parte citata, servato ordine juris, excipi scripto, et ex hoc pronuntiari; interlocutoria etiam ferri sub conditione potest, neque requirit scripturam, aut ordinem judiciarium, vel citationem partis, ut infra dicetur pluribus.

4. *Quoad firmitatem*; nam interlocutoriam judex revocare, et corrigere addendo, vel minuendo potest, non vero definitivam: item condemnatio per definitivam facta durat perpetuo; facta per interlocutoriam solum, dum durat officium interloquentis, ut iterum pluribus explicabo infra.

21

5. *Quoad potestatem appellandi*; nam a definitiva sententia regulariter datur appellatio; non autem ab interlocutoria: et in hac si appelletur, appellandum est in scriptis, et expressis causis gravaminum: a definitiva vero appellari potest statim, et viva voce; denique definitiva potest in causa appellationis justificari non solum ex actis primae instantiae, sed etiam ex novis actis: interlocutoria vero solum ex revisione primorum actorum.

Plura vide apud Marant. *de ordin. judic. par.* 6. *tit. de sentent. act.* 1. *n.* 12. *et seq.* Rosb. *prax. civil. tit.* 71. *a n.* 8. Haun. *tom.*

5. *tract.* 5. *n.* 20. Vviest. *hic a n.* 16. Ego quoad has, et alias differentias noto illas procedere de sententia interlocutoria simplici maxime; nam interlocutoria mixta quae vim definitivae habet, quoad potestatem, et formam interponendae appellationis, et alios juris effectus aequiparatur verae definitivae; paria enim sunt sententiam esse definitivam, et habere vim definitivae: unde sicut a definitiva, ita etiam ab interlocutoria, quae vim definitivae habet, appellari potest, et sicut illa revocari non potest, ita nec ista, ut tradit glossa *in cap. fin. V. inanes de elect. in* 6. Gail. *l.* 1. *obs.* 30. *n.* 5. Pirh. *hic n.* 2.

22

Dub. 3. an pronuntiatio arbitri sit proprie dicta sententia? Si quis arbitrium distingueret a judice, ex definitione ipsa appareret, pronuntiationem ejusdem non esse sententiam; sed quia arbiter in jure aequiparatur judici, ideo latius accipiendo judicem, locus est controversiae.

Affirmat Frisius. Fundamenta affirmativae sunt, 1. Quia pronuntiatio arbitri vocatur in jure sententia saepissime, 2. Arbiter condemnat, et absolvit; quod est officium judicis. 3. Per compromissum pronuntiatione arbitri finiuntur lites, ut per sententiam judicis, et quidem fortius, atque constantius, quam per sententiam judicis, a qua appellari potest, 4. Compromissum, ut *l. compromissum* 2. *ff. de recept. qui arbitr.* ad similitudinem judiciorum redigitur. Ergo quidquid dicitur de uno, dici etiam potest de altero, et cons. sicut pronuntiatio facta in judicio, ita etiam facta in compromisso per arbitrum sententia dici debet.

23

Verum hae rationes non adeo efficaces sunt, ut discedere cogant a communi, et ut Hann. *to.* 5. *tr.* 5. *n.* 4. dicit, veriore sententia, quae negat pronuntiationem arbitri proprie esse sententiam. *Ratio est* 1. quia arbiter in jure nunquam vocatur judex, 2. sententia proprie dicta ferri debet ab habente jurisdictionem; hanc autem arbitro compromissario dare partes in eum compromittentes nequeunt; *l. privatorum* 3. *C. de jurisd. omn. judic.* 3. Juridice loquendo sententia, et res judicata connectuntur in rubricis, et ideo solum illa pronuntiatio est proprie dicta sententia, ex qua nascitur exceptio rei judicatae. Haec autem non nascitur pronuntiatione arbitri, ut habetur *leg. ex compromisso* 2. *ff. de recept. qui arbitr. et l. ex sententia* 1. *C. eod.* Ergo etc. *Excipitur*, si sit arbiter a magistratu datus; nam sententia ab hoc dicta *l. si arbiter* 2. *C. de sentent. et interloc.* expresse dicitur habere authoritatem rei judicatae.

24

Ad opposita argumenta facilis est responsio. *Ad* 1. sententiae nomen in jure saepe aequivoce sumitur; nam ibi etiam judicia assessorum quandoque sententiae appellantur: est ergo arbitrium sententia sumendo nomen sententiae latius, sed non in eo sensu, quo antonomastice, et magis juridice sumitur. *Ad* 2. effectum illum pronuntiatio arbitri non habet, nisi ex conventione partium, et sic non tam ipse, quam partes per praecedentem conventionem aliquo modo sunt spontanea causa condemnationis, et absolutionis. Accedit, quia eandem vim etiam habet transactio , et juramentum voluntarium , nec tamen sententia sunt. *Ad* 3. Retorqueri hoc argumentum iterum potest in transactionem, et juramentum voluntarium; nam etiam per ista deciduntur lites. *Ad* 4. similitudo stat cum dissimilitudine. Igitur etsi arbitria similitudinem aliquam cum sententia habeant , ab hac tamen substantialiter differunt, quod ex hac, ut dictum est, nascatur exceptio rei judicatae, non ex illis.

25

Dub. 4. an sententia interlocutoria sit proprie dicta sententia ? Negant Duarenus, Zasius, Maranta, quos citat Ummius *ad process. D.* 19. *th.* 4. *n.* 15. Idque ex triplici fundamento, 1. Quia *in rubr. C. de sent. et interlocut.* sententia , tanquam aliquid diversum ab interlocutione, ponitur. 2. Quia *l. quod jussit* 14. *ff. de re judic.* Sententia aperte distinguitur ab interlocutione, 3. Quia per interlocutionem causa judicialis non deciditur.

Sed retinenda est affirmativa sententia, et dicendum , etsi sententia definitiva sit nobilior species, et antonomastice sententia, interlocutoriam tamen adhuc esse proprie dictam sententiam. Ita ex communi DD. sensu Corvin. *in c. de sentent. et interloc. post princ.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 139. *et seq.* Ummius *n.* 15. *cit.* P. Vvies. *hic n.* 15. P. Schmier *proces. judic. cap.* 16. *n.* 18. et constat 1. ex *l. inter utile* 39. *ff. de minor. et l. fin. C. de sent. et interl.* ubi sententia interlocutoria verissime supponitur esse sententia. 2. Ex *l. judices* 12. *C. eod.* ubi nomen sententiae necessario etiam de interlocutione accipiendum est. 3. Ex *leg. cum judex* 11. *C. eod* ubi , dum sententiae definitivae fit mentio, denotatur, superesse sententiam aliam, h. e. interlocutoriam ; alias voci *sententiae* frustra adderetur *definitivae.*

Neque obstant argumenta opposita. *Ad* 1. dum sententia interlocutioni opponitur, nomen sententiae accipitur specifice pro definitiva: quo tamen non obstante nomen sententiae generice acceptum sub se complecti interlocutionem potest. *Ad* 2. eadem est responsio, et retorquetur argumentum: nam etiam jurisdictio opponitur impe-

rio, et tamen utrumque sub nomine jurisdictionis generice acceptae continetur. *Ad* 3. etiam per interlocutoriam causa judicialis deciditur, non quidem principalis (nam hoc ad definitivam pertinet) sed incidens.

26

Quaeritur 2. quid requiratur ex parte judicis, ut legitime ferre sententiam possit? Resp. 1. requiritur, ut sit competens; *cap. at si clerici* 4. *de judic. cap. siquis clericus* 1. *et seq. de foro compet. l. fin. ff. de jurisd. l. hoc edictum* 1. *fin. ff. quod quisq. jur. et toto tit. C. si a non compet.* Ratio est, quia judex incompetens jurisdictione in partes litigantes caret, et cons. frustra pronuntiat, nec ab eo judicatum dici potest, cum quoad hanc causam habeat se ut privatus.

2. Ut non sit excommunicatus; nam gesta a judice excommunicato, si excommunicatio ejus publice nota sit, irrita sunt, cum et ipse jurisdictione sit spoliatus; Marant *de ordin. judic. p.* 6. *tit. de sent. act.* 1. *n.* 99. Laym. *in cap. ad probandum* 24. *h. t. n.* 1. Barb. *ibid. n.* 2. *et seq.* Pax Jord. *l.* 14. *tit.* 25. *n.* 161. Zoes *hic n.* 6. Et habet hoc locum etiam in judice delegato, ut colligitur ex *cap. ad probandum cit.* Si tamen occulta sit excommunicatio judicis, valet sententia, cum jus eo casu defectum jurisdictionis suppleat; *arg. l. Barbarius* 3. *ff. de offic. praetor.*

3. Ut sit prudens, et juris peritus; *Nov.* 82. *in pr.* Non tamen in omnibus requiritur legum peritia, sed in quibusdam experientia cum bono judicio conjuncta sufficit; unde artifices de causa sui artificii, mercatores de causis suae negotiationis, milites de re militari optime judicant; nam cuivis in sua arte credendum est; *arg. l. septimo* 12. *ff. de stat. hom.*

27

4. Ut in formanda sententia nullo ducatur odio, offensione, aut levitate, sed merita causae diligenter examinet, plena cognitione adhibita; nam judex suspectus recusari potest; *cap. siquis* 3. *de for. comp. l. cum specialis* 8. *C. de judic.*

5. Ipsemet judex concipere debet sententiam; nec enim potest aliorum arbitrio illam committere; Marant. *loc. cit. n.* 13. *et* 126. Engl. *hic n.* 6. Konig *n.* 35. Hinc si judex a jurisperito consilium petat, illudque legat loco sententiae, talis sententia de jure nulla est, cum sit doctoris privati carentis jurisdictione. *Excipe*, nisi judex in calce scribat: *nos judex pronuntiamus*, *prout supra dicto consilio continetur*; tunc enim valet sententia, utpote non a jurisconsulto tantum, sed etiam a judice lata, et confirmata.

28

Dub. 1. quid faciendum sit judici, cum uterque litigans causam probabilem fovet? Resp. cum distinctione: vel enim unius causa

est probabilior, vel utraque, spectatis omnibus, est aequaliter probabilis.

Si primum, ferre judex sententiam debet pro illa parte, quae probabiliorem causam pro se fovet. Ita DD. estque contraria sententia die 2. martii 1679. ab Innocentio XI. inter prohibitas relata. *Ratio est*, quia hoc 1. exigit natura justitiae, quae instar lancis eo inclinat, ubi majus est pondus rationum, et merita causae. 2. Officium judicis; nam judex in rep. constituitur cum expressa, vel saltem tacita obligatione pronuntiandi secundum majora causae merita. 3. Rationabile desiderium eorum, qui judicis implorant officium; cui rationabiliter irasceretur, eumque injustitiae redargueret is, qui videret, se quantumvis melioribus fundamentis nitatur, condemnari, et causam adjudicari adversario, minus probabilia afferenti contra *reg.* 12. *in* 6.

Si secundum, et spectata tum ratione, tum juris, et DD. authoritate, uterque litigans aeque probabilem causam fovere videtur, sunt, qui docent eo casu a judice pro arbitrio, cui voluerit, parti causam adjudicari posse. Sed minus bene; nam 1. hoc videtur alienum esse a natura justitiae, quae sicut suum cuique tribui jubet, ita cum paria sunt utrinque merita, et jus aequale, paria cupit adjudicari a judice. 2. Contrariatur desiderio, et exspectationi litigantium, quorum unus merito indignaretur judici, si, cum aequale jus habeat cum altero, minus, quam iste, aut omnino nihil, alter totum consequeretur. 3. Fieri illud vix potest, ut non judex pro alterutra parte sic decidendo incurrat vitium acceptionis personarum, quod adeo severe jura tum divina, tum humana a tribunalibus arceri volunt; cur enim huic potius, quam alteri causam, et victoriam tribuet judex, nisi quod in illum aut necessitudine, aut amicitia, aut pollicitationibus inducatur?

29

Quare dicendum est tali casu judici regulariter abstinendum a sententia pro alterutra parte ferenda, sed potius utrique meritorum aequalitatem, et ex ista provenientem juris incertitudinem declarandam, et vel causam ad superiorem referendam, vel litigantibus suggerenda media, quibus ex ipsorum consensu controversia terminetur: cujusmodi sunt compromissum in arbitros, rei litigiosae divisio, transactio, vel amicabilis compositio, vi cujus unus rem litigiosam, alter aliam, aut certam pecuniae quantitatem accipiat; Sanchez *l.* 1. *moral. cap.* 9. *n.* 45. Haun. *tom.* 5. *tract.* 2. *n.* 9. Wiest. *n.* 51.

30

Dixi *regulariter*; quia non desunt casus, in quibus, etsi probationes, et ex his orta merita causae paria sint, judex tamen pro alterutro pronuntiare debet. Et talis est

1. Cum litigantium alter est in possessione; nam in hac defendendus est, donec de adversae partis jure constet; *cap. ex litteris* 3. *de prob. cap. in pari* 65. *de R. J. in* 6. ubi dicitur, *in pari causa potiorem esse conditionem possidentis.*

2. Si causa sit favorabilis, v. g. matrimonii, dotis, libertatis, alimentorum, viduarum, pupillorum, et aliae causae piae; nam tunc celeris paribus favor causae illius praevalet, estque pronuntiandum etiam contra reos, si favor ejusmodi pro actore stet; *cap. fin. hoc tit.* et *ibi* glossa *in casu.*

3. Si causa sit criminalis; nam in his reo, quantumvis ejus innocentia minus probabilibus argumentis defendatur, favendum est, ut communis sensus DD. habet, et aperte constat ex *reg.* 11. *in* 6. ibi: *cum sunt partium jura obscura*, *reo favendum est potius*, *quam actori*; quod juxta omnes interpretes in criminalibus procedit. *Ratio est*, quia etsi forte periculum sit, ne ita absolvatur ille, qui revera est nocens, hujus tamen absolutione minus resp. laeditur, quam innocentis condemnatione; et hinc ad istam in criminalibus leges exigunt probationes luce meridiana clariores; *l. fin. C. de prob. conf.* ex vulgata regula; *quamdiu quis non est probatus nocens*, *tamdiu censendus est innocens.* In casu autem aequalium utrimque probationum accusatus non probatur nocens; ergo etc.

31

Dub. 2. utrum judex necessario de quaestione incidente, vel emergente pronuntiare debeat verbis expressis? Dixi *n.* 17. sententiam interlocutoriam super quaestione incidente, vel emergente proferri. Quos terminos etsi aliqui velint quoad significatum non differre, juxta alios tamen diversa significant; nam *incidens* dicitur, quod ante litem ortum est, et in lite mota incidit, sed habuit causam antiquiorem, ut est pactum de non petendo, quod factum est ante litem, de quo tamen post litem motam opponitur exceptio. *Emergens* appellatur, quidquid in causa nascitur, quod tamen causam non finiat, ut quando quaeritur, an testis sit admittendus, an confessio rei revocanda, an dilatio danda, an positio, vel interrogatio facienda etc. His suppositis

Resp. 1. Si de quaestione incidente agitur, quae ipsius causae merita respicit, tanquam ab illa quaestione dependentia, v. g. si quaeratur, an is, qui praetendit haereditatem, sit filius, vel liber, adeoque capax haereditatis praetensae, non est necesse, ut

judex specialiter super hujusmodi quaestione pronuntiet, sed sufficit pronuntiare de causa principali.

Constat ex *l. adite* 1. *C. de ordin. judic.* et *l. si de haereditate* 2. *C. de ordin. cogn.* Ratio est, quia sic pronuntiando indirecte dicit, ex persona victoris nullum esse impedimentum. Ergo non est opus aliis ambagibus, modo de incidente cognoverit.

32

Resp. 2. Si quaestio incidens tendit, et objicitur ad impediendum causae, vel litis processum, necesse est judicem de ea speciatim pronuntiare, priusquam de causa principali pronuntiet. Colligitur ex *leg. inter* 39. *princ. ff. de minorib.* et patet argumento a contrario cum responsione priore; nam per sententiam pronuntiatam in causa principali non hoc ipso tollitur quaestio incidens, et objecta ad impediendum processum causae, imo pronuntiatio in causa principali est potius contraria quaestioni huic incidenti propositae.

Resp. 3. Si quaestio sit emergens, et merita causae non concernens, judex quidem pronuntiare de ea debet, sed non est necesse, ut de illa expresse pronuntiet; sufficit enim, si pronuntiet tacite, ad ulteriora scilicet procedendo, exceptione non obstante; *arg. cap. ex parte* 67. *de appell.* ibi: *sed quia judices hac exceptione neglecta etc. Excipiunt* aliqui quaestionem emergentem circa incompetentiam judicis, de qua volunt, quod judex debeat etiam expresse, et specialiter pronuntiare. Hoc tamen cum aliis negat Fachin. *l.* 1. *contr. cap.* 43. *concl.* 4. ubi ait saepissime observatum se vidisse, quod sufficiat, si judex mandet ad ulteriora procedi. Et hinc monet Haun. *tom.* 5. *tract.* 5. *n.* 12. observandam in hac re consuetudinem, cum jura deficiant.

33

Dub. 3. utrum valeat sententia lata a pluribus judicibus, quorum unus jurisdictione, e. g. ob excommunicationem privatus est? Resp. distinguendo inter judices ordinarios, et delegatos; nam si ex duobus, vel pluribus judicibus ordinariis unus sit excommunicatus, sententia, ut procedit a non excommunicato, valet; quia hi in solidum singuli actualem jurisdictionem habent: at si unus ex duobus, vel pluribus judicibus delegatis excommunicatus sit, vel alias jurisdictione careat, sententia invalida est quoad omnes, etiam non excommunicatos, et non privatos jurisdictione. Sumitur ex *cap. ad probandum* 24. *hoc tit.* et docent Laym. *ibid. n.* 2. *et seqq.* Barbosa *n.* 1. *et seqq.* Vvagnerec. *not.* 2. Vallens. §. 2. *n.* 3. Zoes. *n.* 6. Pirh. *n.* 73. *et* 75. Sannig *cap.* 6. *n.* 2. *Ratio est*, quia judicibus delegatis exercitium jurisdictionis non competit singulis in solidum, sed pro parte solum, ut omnes scilicet procedant, quia omnes judicare jussi

sunt; et hinc ob defectum unius vitiatur totum id, quod agit excommunicatus simul cum ceteris non excommunicatis.

34

Proceditque hoc 1. etiamsi tales judices delegati dati essent cum adjecta clausula *quodsi non omnes*, sive, ut si unus nolit, vel non possit, alter solus, vel alii procedant sine illo; nam procedendo cum inhabili v. g. publice excommunicato, vel non valente judicare ob aliunde deficientem jurisdictionem, inficiant propriam jurisdictionem etiam non excommunicati: omnes enim voluerunt judicare, quod non poterunt; Abb. *in cap.* 24. *cit. n.* 4. Laym. *ibid. n.* 2. Barb. *n.* 4. Pirh. *n.* 74. *Procedit* 2. etiam in arbitris compromissariis electis a partibus; nam si unus illorum sit privatus potestate cognoscendi de causa, quia, v. g. publice excommunicatus est, sententia etiam a ceteris lata nullius est momenti: quia arbitria ad instar judiciorum redacta sunt; *l. compromissum* 1. *ff. de recept. qui arbitr. Procedit* 3. etiam in ceteris actibus judicialibus: nam si causa irritandi afficiat processum, eo casu etiam iste dicendus est irritus. Colligitur ex *cap. ad probandum cit.* ubi praecipitur, ut instituatur de novo cognitio super electione. Eritque hic irritus vel in totum, vel in partem, prout causa irritandi vel totum, vel partem ejusdem afficit; Laym. *l. cit. n.* 4. Pirh. *n.* 76.

35

Dub. 4. quaenam sententia praevalcat, quando in una, eademque causa duo, vel plures judices diversa pronuntiant? Resp. hic videndum, num diversa pronuntient in numero pari, vel dispari. *Si hoc posterius*, plurium sententia praevalet; *l. duo* 39. *ff. de re judic.* nam et in aliis casibus major pars ad se minorem trahit, et ab omnibus conclusum censetur, quod a majori parte conclusum est.

Si prius, distinguendum, utrum sint judices delegati, vel ordinarii. *Si delegati sunt*, neutrius partis sententia valet, sed utraque quasi in pendenti est, donec alterutra a judice delegante confirmetur; *cap. per hoc* 17. *de haeret. in* 6. *l. duo judices* 28. *ff. de re judic.* Ratio est, quia nisi aliud in rescripto expressum sit, jurisdictionem quoad exercitium, et usum, non in solidum, sed pro parte duntaxat habent; et propterea eorum unus sine altero non potest procedere; *cap. causam* 16. *de offic. delegat.*

Si vero sint ordinarii, sententia illa praeponderat, quae est pro reo, nisi actor habeat causam favorabilem; *cap. fin. hoc tit. et inter partes* 38. *ff. de re judic.* Ratio est, quia hi singuli jurisdictionem in solidum habent, adeo, ut unus sine altero judicare possit; cum ergo utriusque contraria pronuntiantis sententia valere nequeat, alterutra valere debeat, aequum erit, ut pro valida habeatur,

quae lata est pro reo; utpote cujus causa alias est favorabilior; *reg. favorabiliores* 125. *ff.*

36

Dub. 5. an, et quando sententia lata a judice revocari possit? Resp. distinguendo inter sententiam definitivam, et interlocutoriam. *Prior* revocari nequit, ut patet ex *leg. judex* 55. *ff. de re judic.* potest *posterior* antequam lata sit sententia definitiva *cap. cessante* 60. *de appellat. et cap. si judice* 10. junct. glossa *ibid. V. gravamen eod. in* 6. Ratio disparitatis est, quia judex ferendo sententiam definitivam, quoad illam causam *postea judex esse desinit*, ut dicitur *l. judex cit.* non desinit esse judex ferendo sententiam interlocutoriam, cum ejus pronuntiatione lis non finiatur.

Procedit autem hoc regulariter; nam plures sunt casus, quibus judici, etiam interloquenti, revocatio sententiae suae permissa non est. Et talis est, 1. si mandata jam sit executioni; cum enim tali casu res non amplius sit integra, revocari non poterit amplius lata sententia, nisi de consensu utriusque partis: 2. si confirmata sit vel a superiore, male appellatum pronuntiante; vel ab ipso judice interloquente quod super revocatione imploratus eam non revocarit, sed geminarit: 3. si lata sit de consensu utriusque partis: 4. si adjuncta sit definitivae sententiae, et quodammodo ejusdem pars: 5. si judex appellationem ab interlocutione sua ad superiorem admisit, et ab isto, ne in causa procedat, fuit inhibitus: 6. interlocutoria vim habeat sententiae definitivae.

37

Quaeritur 3. qualis debeat esse sententia, ut sit legitima? Resp. 1. debet esse *certa;* intellige, quatenus res in judicium deducta patitur; §. *curare* 32. *inst. de action. et ibi* glossa *V. vel rei.* Ratio est, quia finis sententiae est, ut lis sopiatur, quod non fit, quando sententia est incerta. Hinc nulla est sententia, si judex dicat, *solve, quod debes*, sed res simul exprimenda est, ut patet ex §. *cit. et toto tit. C. de sent. quae sin. cert. quant. profert.*

2. Debet esse *pura, et absoluta, et non sub conditione lata*, ut habetur *leg. siquidem* 1. §. *biduum* 5. *ff. quand. appelland. sit.* Hinc non consistit sententia, qua judex diceret: *condemno Titium, si est probatum eum debere.* Ratio est, quia tali sententia non imponitur finis controversiae, videturque ea sententia sine sufficienti causae cognitione lata, cum adhuc dubium sit, an legitime probata sit, vel non.

3. Debet esse *conformis libello*, ut colligitur ex *cap. qualiter* 24. *circa fin. et ibi* glossa *V. judicii formam de accusat. clem. saepe* 2. §. *verum de V. S. ut fundus* 18. *ff. commun. dividund.*

4. Debet esse *conformis juri*; in quo tamen distinguendum est: nam dupliciter sententia aliqua esse potest contra jus, nimirum vel contra jus constitutionis, vel contra jus partis litigantis. *Contra jus constitutionis* tunc esse dicitur, quando judex aliter judicat, quam lege definitum, vel moribus receptum sit; *contra jus partis litigantis* vero tunc, quando judex male negat per sententiam, quod litigans suum satis probarit, aut deduxerit. His positis.

38

Dub. 1. qualis incertitudo, vel obscuritas tollat valorem sententiae? Resp. Illa, quae major est, quam res in judicium deducta postulet; nam quia haec litem potius accendit, quam extinguat, merito illam leges irritam declararunt; §. *curare* 32. *inst. de action. leg. haec sententia* 3. *et l. fin. C. de sent. quae fin. cert. quant.*

Dixi, *quae sit major, quam res in judicium deducta postulet*; nam haec interdum talis est, ut incerta sententia ferenda sit, veluti si fructus petantur, si ex obligatione alternativa agatur etc. quo casu non est necesse, ut determinatio rei, vel quantitatis sit specifica, sed satis est, si sit relativa ad aliud, ex quo ejus certitudo peti potest.

Hinc valet sententia, qua judex jubet summam, ab actore petitam, vel legatam in testamento, solvi, vel qua praecipit restitui domum cum supellectili, castrum cum pertinentiis, fundum cum fructibus. Imo in condemnatione fructuum, et expensarum receptum est, ut judex generaliter tantum ad fructus, et expensas restituendas condemnet reum; quia etiam ab actore tantum in genere petuntur, et deinde primum in executione specificatio, et taxatio fit.

39

Dub. 2. qualis conditio sententiae valori obsit? Resp. Tantum illa, quae est conditio proprie dicta, seu de futuro, et actum suspendit ad futurum eventum, non autem conditio de praeterito, vel de presenti; Pirh. *hic n.* 21. Imo nec quaevis conditio de futuro obest valori sententiae, sed tantum extrinseca; nam sub conditione intrinseca, et necessaria ferri potest sententia, ut si judex dicat: *defero tibi juramentum, et si praestiteris, absolvam te, vel absolvo*; glossa *in l. cum judex* 11. *V. palam C. de sent. et interloc. omn. jud.* Perez *ibid. n.* 26. Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 39. Pirhing *hic. n.* 21. *cit.* Vviest. *n.* 43.

2. Obest conditio solum in sententia definitiva, non autem in interlocutoria; nam interlocutoria lata sub conditione valet; Pirhing, *loc. cit. in fin.* Imo etiam in definitiva tantum illa valorem sententiae tollit, quae incertitudinem, et obscuritatem inducit: si hoc non

fiat, etiam sub conditione extrinseca, et de futuro lata valet, quamvis appellari ab ea possit; Perez *loc. cit.*

3. Intelligendum hoc est praescindendo a consuetudine; nam ex hac firmitatem accipit forma illa, quae in multorum locorum tribunalibus usitata est, ut reus absolvatur a petitione actoris cum clausula: *Nisi possit actor intentionem suam melius, quam in actibus praecedentibus factum est, probare, idque si intra unum, vel alterum mensem praestiterit, fiet tunc, quod juris est etc.* et ratio est, quia nuspiam invenitur consuetudo haec reprobata a jure: imo utilis hic modus est partibus; quia si post ejusmodi sententiam novas probationes, exceptiones repererint, illas proponere possunt coram judice primae instantiae, et sic liberantur ab onere appellandi, vitanturque incommoda, quae saepe ex appellationibus, surgunt appellanti.

40

Dub. 3. quomodo sententia debeat esse conformis libello? *Certum est*, quod non semper debeat esse conformis conclusioni, et petitioni actoris; alioquin omnis sententia deberet condemnatoria esse, nec unquam reus absolvi posset, cum semper in suo libello actor petat condemnari reum. Quando igitur dicitur, quod sententia debeat esse conformis libello, intelligendum est quod debeat esse conformis quoad modum decidendi.

Debet autem conformis esse in tribus, 1. *in re, quae petitur.* Unde imperator *l. fin. C. de fideicommiss. libert.* stultum appellat judicem, qui, cum res in libello petitur, et praestari potest, reum condemnat in aestimationem rei: 2. *in causa petendi*, ut si res ex causa donationis, venditionis etc. in libello petatur, non ex alia adjudicetur; Vallens *hic* §. 3. *n.* 8. 3. denique *in actione*, ut eam, quae instituta est, judex sequatur, esto, actor aliam pinguiorem habuisset; Vallens. *n.* 8. Haun. *n.* 87.

Sunt tamen complures casus, in quibus judex deflectere a libelli petitione potest, et aliquando plus, aliquando minus in sententia determinare, quam in libello petitum sit. Et talis casus est 1. si hoc necessitas, vel aequitas suadeat; nam huic magis, quam libello conformem esse sententiam decet, utpote quae vel maxime debet esse ex aequo, et justo lata: 2. potest judex ultra petita in libello, et deducta in judicio condemnare in iis, quae virtualiter, et tacite insunt rei, ut si petatur fundus, potest condemnare etiam ad fructus etc. 3. in causis criminalibus, in quibus, judex reum ad poenam, quae sibi justa videbitur, condemnare potest, ac debet, quantumvis in libello eam non expresserit, aut aliam infligi pe-

tierit accusator : 4. in supremo tribunali principis, in quo proceditur sola veritate inspecta : 5. etiam judex inferior declinare a petitione libelli potest quoad modos, qualitates, et tempora: 6. denique deflectere a libelli petitione judex potest, et debet, si actor causam petendi a se allegatam non probavit.

41

Dub. 4. an, et quando sententia lata contra jus constitutionis sit irrita? Resp. distinguendo; vel enim est contra jus constitutionis, quod respicit merita causae tantum, vel contra jus respiciens aliud extrinsecum, et diversum a meritis causae, e. g. quod lata sit a judice non habente jurisdictionem, quod ab excommunicato notorie, quod contra pupillum, vel minorem stantem in judicio sine authoritate tutoris, vel curatoris, quod die festo lata sit, vel in ecclesia a judice saeculari etc.

Si hoc secundum, sententia est ipso jure irrita, sive error in ipsa sit expressus, sive non; nam regulariter, quidquid fit contra jus, est nullum; *l. non dubium* 5. *C. LL. et regul. quae contra jus* 74. *de R. J. in* 6. Abb. *in cap.* 1. *hoc tit. n.* 4. *et* 5. Pirhing *hic n.* 7.

Si priore modo sententia repugnet juris, videndum, an error juris in sententia exprimatur, vel non; nam *si in sententia exprimatur*, ut si judex pronuntiet minorem 14. an posse testari, aut si pronuntiet electionem esse validam, quia suspensi possunt eligere etc. Sententia ipso jure est irrita, potestque usque ad 30. annos etiam sine appellatione impugnari; *c. sententia* 1. *hoc tit. l. illud* 1. §. *item cum contra* 2. *ff. quae sent. fin. appell. rescind. l. si expressum* 19. *ff. de appellat. et relat.* non enim jure fertur sententia, quae contra jus ipsum pronuntiatur. *Neque refert*, an sententia sit lata contra legem civilem, vel canonicam; nam etiam in foro canonico nulla est sententia, quae lata est contra legem civilem, eo quod ecclesia leges civiles approbet, quae legibus canonicis non adversantur; Abb. *in c. sententia citat. n.* 1. Vivian. *ibidem princ.* Henr. Canis. *n.* 3. Gonzal. *n.* 6. *et seqq.* Vvagn. *not.* 1. *Proceditque hoc* non tantum de legibus communibus, sed etiam particularibus locorum statutis, et consuetudinibus, utpote quae, et ipsa legis vim, et effectum habent. Requiritur tamen, ut jus hujusmodi certum, et clarum sit; nam dubium jus, seu quod varios intellectus recipit, proprie jus non est, utpote quod debet esse manifestum; *can. erit. autem* 2. *dist.* 4. cons. sententia contra id lata, ex hoc capite non efficitur irrita; Abb. *l. cit. n.* 9.

42

Quodsi vero sententia contra jus constitutionis quidem, *merita causae concernens*, *lata sit*, *sed error juris in ipsa sententia non exprimatur*, videri quidem posset, etiam ipsam esse irritam ipso jure, ex paritate cum sententia lata a judice contra jus respiciens aliquid extrinsecum, quam ipso jure irritam dixi *n. praec.* etsi errorem juris expressum non contineat.

Sed hoc non obstante, dicendum, regulariter esse validam ipso jure, et nisi appelletur intra decendium, transire in rem judicatam; *cap. cum inter* 13. *in fin. hoc tit. l. cum prolatis* 32. *ff. de re judic.* Abb. *in cap.* 1. *cit. n.* 7. Laym. *ibidem n.* 3. Gonz. *n.* 8. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 7. Zoes. *n.* 8. Pirhing *n.* 4. Ratio est, quia jus eo casu praesumit judicem recte processisse. *Excipitur*, nisi injustitia sententiae notoria sit; tunc enim etsi juris errorem expressum non habeat, ipso tamen jure invalida est sententia, prout sumitur ex *cap. inter ceteras* 9. *hoc tit.* et ratio est, quia in hoc casu cessat praesumptio, quod judex recte processerit, ex qua sola praesumptione sustinetur tanquam valida sententia notorie injusta.

Ad rationem dubitandi in contrarium nego paritatem. Ratio disparitatis est, quia quando sententia fertur contra jus respiciens merita causae, datur judici potestas cognoscendi, et arbitrandi, cujus partis sint potiora jura: ideoque tunc praesumitur justum, quod judex judicaverit, nisi in sententia exprimatur error juris. At vero quando sententia fertur contra jus respiciens aliud extrinsecum causae, tunc judex non habet facultatem arbitrandi, sed tantum judicandi secundum juris praescripta, eaque exequendi: adeoque sententia lata non subsistit.

43

Dub. 5. an sententia, quae lata est contra jus litigantis, ipso jure subsistat? Videtur non subsistere. 1. quia sententia injusta adversatur omni juri: naturali quidem; quia lex naturalis dictat malum non esse faciendum: divino; quia hoc vetat innocentem damnari, et nocentem absolvi: positivo humano; quia ita cautum est; *l. absentem* 5. *ff. de poenis*, *et cap. sententia* 1. *hoc tit.* Igitur sententia injusta, utpote contra omne jus lata, nulla est ipso jure. 2. injustum judicium nullum est judicium, ut colligitur ex *can. justum* 1. *caus.* 23. *quaest.* 2. ergo etiam sententia injusta nulla est sententia. 3. nullum est decretum, quod a judicibus contra partium justitiam interponitur: ergo nec sententia contra jus partium lata valida erit. 4. condemnatio, et absolutio in qualibet causa ambulant pari passu; *l. qui damnare* 3. *ff. de re judic.* sed absolutio contra jus partis concessa nulla est; *cap. cum pro causa* 27. *et cap. officii*

42. *de sent. excomm.* ergo nec condemnatio contra jus partis facta vires habet. 5. sententia, quae fertur ex falsis instrumentis, est prolata contra jus partis, et tamen hujusmodi sententia est ipso jure nulla; *cap. cum venerabilis* 6. *et* glossa *ibidem de except.* ergo et sententia, quae profertur contra jus partis, est ipso jure irrita.

44

Verum haec non obstant communi sententiae, juxta quam sententia, quae lata est contra jus litigantis, etsi iniqua sit, modo iniquitas, et injustitia ejusdem non sit notoria, ipso jure sustinetur, et nisi condemnatus intra 10. dies appellet, in rem judicatam transit. Ita Vivian. *in c.* 1. *hoc tit. et in cap.* 13. *eod.* Henr. Canis. *in summ. hic* Gonzal. *in c.* 9. *hic n.* 2. *et in cap.* 13. *n.* 4. *et seqq.* Vvagn. *not.* 4. Vallens. §. 3. *n.* 7. Zoes. *n.* 8. Engl. *n.* 16. Vviestner *n.* 47. et constat ex *c. cum inter* 13. *hoc tit. et l. illud* 1. §. *item cum* 2. *in fin. ff. quae sent. fin. appell. rescind.* Ratio est, quia juris praesumptio est, quod judex recte processerit.

Dixi, *modo injustitia sententiae non sit notoria;* nam si notoria sit, non minus ipso jure irrita erit sententia contra jus litigantis lata, ac irrita est lata contra jus constitutionis secundum dicta *n.* 41. Ratio patet ex modo dictis; nam sententia contra jus partis lata tanquam valida sustinetur ex solo hoc capite, quod, ut primum dictum est, pro judice sit praesumptio, eum recte processisse. Atqui si injustitia sententiae sit notoria praesumptio, ista cessat: ergo etc.

45

Sic probatae, et explicatae responsioni non obsunt argumenta opposita. *Ad* 1. distinguendum est inter forum internum, et externum: in foro externo, quamdiu praesumptio justitiae, quae pro tali sententia stat, non enervatur, sententia talis sustinetur, nec auditur, qui privatam scientiam injustitiae illius se habere fatetur; at in interno, ubi judicatur non secundum praesumptionem, sed secundum rei veritatem, privata scientia de sententiae justitia praesumptioni de justitia illius praevalet. Et hinc casu, quo condemnato manifestum, et evidens est, quod judex non recte, sed injuste sententiam tulerit, in eodem foro conscientiae illi parere non tenebitur, sed poterit ejus executionem subterfugere, modo scandalum cesset: Imo nec is, qui vicit in causa, si pro certo habeat sententiam injustam esse, salva conscientia illi sententiae se conformare poterit; et de hoc ipse judex, si iniquitatem certo cognoscat, monere victorem tenebitur in conscientia. *Ad* 2. assertio solum intelligenda est de sententiis, quae apparenter, et secundum opinionem justae sunt humano arbitrio, quales sunt omnes, quae non apparent injustae; nam sunt praesumptive justae. *Ad* 3. jura, quae dicunt, quod decretum

interpositum contra partium justitiam nullum sit, loquuntur de casu, quo res causae cognitionem requirit, et haec omissa est: Nec mirum hoc esse debet; quia tunc non servatur forma a jure praescripta, et cons. corruit praesumptio pro justitia sententiae. *Ad* 4. etiam absolutio ab excommunicatione, si per modum sententiae in judicio, lite inter partes pendente, contra jus partis lata est, valet ipso jure, sicut in eisdem terminis valet excommunicatio. Hinc quando dicitur, quod absolutio contra jus partis concessa non valeat, intelligi debet in casu, quo absque lite ad preces excommunicati, et ita tanquam gratia, beneficium consequitur: sed tunc ratio, quare invalida sit, non est injustitia, sed subreptio, qua per falsi expressionem, aut veri suppressionem contra jus alterius obtinetur. *Ad* 5. aliqui concedunt tenere sententiam ex falsis instrumentis latam, sed adversus illam concedi restitutionem in integrum, ut habetur *l. divus* 33. *ff. de re jud.* de quo *infra*.

46

Dub. 6. an aliquando judex contra jus strictum ex aequitate, vel alia causa pronuntiare possit? Ratio dubitandi est 1. quia in omnibus rebus aequitatis potius, quam stricti juris habenda est ratio; *l. placuit* 8. *C. de judic.* *l. in omnibus* 90. *ff. de R. J.* ergo si judex agnoverit aequitate suadente decernendum esse aliud, quam jure scripto cautum sit et eam sequens contra jus pronuntiaverit, juste decernit. 2. Praetoris officium est contra jus strictum ex aequitate pronuntiare, et statuere; *l. divus* 7. *ff. de in integr. restit.* unde in pluribus casibus praetor juris asperitatem mitigavit, et correxit, ut passim videre est in legibus: imo et JCtorum magna olim erat authoritas pronuntiandi contra jus scriptum, aequitate contrarium suggerente, ut iterum patet ex pluribus textibus juris civilis; ergo sententia contra jus pronuntiata valet, et sustinetur. 3. Post rem judicatam non quaeritur amplius, an aeque, vel inique sit judicatum, sed pro veritate res judicata habetur: igitur in controversiam sententiae aequitas deinde trahi amplius non potest. 4. Sententia prolata contra rescripta, et constitutionem principis ipso jure valet, ut colligitur ex *l. relegatorum tempus* 7. §. *ad* 4. *ff. de interdict. et relegat.* ibi, *sic tamen, ut non infirmarentur sententiae, quae ita sunt prolatae*, sed haec et omne id, *quod principi placuit, legis habet vigorem,* ut ait Ulpianus *l. quod principi* 1. *ff. de const. princip.* *l. cum prolatis* 32. *ff. h. t.* docetur, quod si judex pronuntiasset contra leges, putans causam agitatam per eas non juvari, ipso jure sententia valeat, et indigeat appellationis remedio: igitur quia sententia contra expressas constitutiones prolata ipso jure non improbatur.

47

Sed his non obstantibus, dicendum, quod judex inferior contra jus clarum neque ex aequitate, neque ex alia causa pronuntiare valeat. Ita Vivian. *in c.* 1. *h. l. in princ.* Henr. Canis. *ibid. n.* 3. Gonz. *n.* 6. *et seq.* ac communissime celeri. *Ratio est*, quia facti solum quaestio judicis arbitrio relinquitur; quae autem sunt juris, legis authoritati; *l. accusatorum* 1. §. *quorum* 4. *ff. ad SC. Turpill. et l. ordine* 15. *princ. ff. ad municipal.* unde si contra jus expresse judex pronuntiet, functionem judicis egressus, legislatorem se facit. Accedit, quia secundum leges judex sententiam ferre debet, non suo sensu; *l. nemo* 13. *C. de sent. et interloc.* Denique sententia est lex aliqua particularis a judice prolata ad jus faciendum inter partes; leges vero, et canones sunt leges generales a summo pont. vel imperatore prolatae ad jus faciendum inter omnes eorum subditos: non autem potest inferior tollere legem superioris: ergo etc. Dixi autem *judex inferior*; nam superior judex, seu qui ipse est legislator, sicut legem a se latam tollere omnino potest, ita etiam, si aequitas ita postulet, contra eam pronuntiare.

48

Rationes dubitandi allatae in oppositum facilem solutionem patiuntur. *Ad* 1. dico hoc proprium, et peculiare principis esse, quod in conflictu aequitatis, et stricti juris interpretationem praebere possit; *l. inter* 1. *C. de legib. Ad* 2. fateor olim potestatem mitigandi asperitatem juris pertinuisse ad JCtos, et praetorem, sed tantum quoad rationem, et regulam juris, non vero quoad ipsas leges: unde directe contra legem non statuebant, sed in casibus a jure non decisis, leges ipsas interpretando, quod aequum videbatur, definiebant: quod etiam hodie judex potest. *Ad* 3. si sententia lata sit contra jus expressum, ut infra dicetur non transit in rem judicatam; quia jure nulla est, et non meretur nomen sententiae. *Ad* 4. *l. relegatorum cit.* sermo est tantum de rescriptis ad privatorum preces concessis, quae ipsis solum prosunt, inter alios jus non constituunt, nisi eo animo concedantur, ut perennia sint, vel ad juris declarationem emanaverint, aut in corpore juris clausae sint. *Ad* 5. aliud est judicem pronuntiare expresse contra leges, aliud sententiam ferre contra leges, per similitudinem solum ad propositi casus resolutionem adductas: de secundo hoc casu intelligenda est *l.* 32. *cit.* non de primo; nam si primo modo sententia sit contra legem, nulla est; et irrita ut hactenus dictum est.

49

Dub. 7. quid dicendum de sententia lata contra privilegium? Videtur esse irrita; nam privilegium est, et dicitur lex privata; *canon.*

privilegia 3. *distinc.* 3. igitur si sententia lata contra legem est ipso jure irrita, etiam ipso jure irrita erit sententia lata contra privilegium.

Sed adhuc dicendum talem sententiam valere, et nisi tempestive appelletur, transire in rem judicatam. Ita Vivian. *in c. suborta* 21. *h. tit.* Laym. *ibid. n.* 6. Gonz. *n.* 3. Konig. *n.* 46. cum communi aliorum. Colligitur ex *c. suborta cit.* ubi etiam haec ratio redditur: Vel enim tale privilegium fuit prolatum in judicio, vel non fuit exhibitum, aut prolatum. *Si primum*, et judex nihilominus sententiam adversus privilegium protulit, et tunc intelligitur illud reprobasse. *Si secundum*, judex illius rationem habere non debuit ; neque enim vi privilegii noviter reperti, vel producti sententia, a qua appellatum est, retractari potest.

Neque obstat ratio dubitandi allata; nam etsi dicatur lex , est tamen lex tantum privata, et talis , cui quivis renuntiare potest: igitur judex ad privilegium non debet attendere, nisi allegetur , cum penes partem sit, utrum suo privilegio uti velit, vel non: licet allegetur, non est nisi lex dubia, et incerta, cum semper dubitari possit, an non forte per subreptionem obtentum , aut falsificatum sit ; sicque sententia contra privilegium lata non est contra legem claram et indubitatam, adeoque valida.

50

Quaeritur 4. quomodo ferri debeat sententia , seu quae aliae circumstantiae requirantur , ut legitima sit sententia? Resp. 1. Ferri debet partibus litigantibus legitime, h. e. trina, vel una peremptoria citatione ad eam audiendam vocatis. Sumitur ex *Clem. pastorales* 2. *h. t. l. ea quae* 7. *et duab. seq. C. quom. et quand. judex etc.* quibus textibus sententiae, quae lata est, altero litigantium non citato, rei judicatae firmitas negatur. Extenditur etiam ad sententiam interlocutoriam, si talis sit, quae absenti magnum possit afferre gravamen ; quia tunc causae cognitione , et per consequens adversae partis citatione opus foret. Excipi debet, nisi factum sit notorium , adeo, ut liquido constet, nullam reo condemnando defensionem posse competere; tunc enim valet sententia contra absentem etiam non citatum lata; *arg. cap. ad nostram* 21. *de jurej. et cap. cum olim* 12. junct. glos. *V. absenti h. t.* Quodsi in facto etiam notorio defensio aliqua reo possit competere, etiam ibi opus erit citatione ; alias sententia etiam ab imperatore, vel principe lata erit nulla , quippe contra jus naturale, prout sumitur ex *clem. pastoralis cit.* et consentiunt DD.

51

Sed quid si pars citata quidem sit, sed tempore constituto post trinam, vel unam peremptoriam citationem non compareat ? Ibi di-

stinguendum est; nam si *per contumaciam* comparere nolit, recte, et valide pronuntiari sententiam constat ex *l. ea quae citat et auth. qui semel C. eod.* At si *absque contumacia* ex causa justa in termino constituto non adest pars, videndum est, an causa illa sit nota judici vel ignorata. *Si nota judici fuit*, et tamen ille pronuntiavit sententiam, sententia nulla est ex *cit.* textibus, ne inde nascantur injuriae, unde jus debet oriri. *Si ignorata*, valet, sed retractatur, siquidem is, qui absens fuit ex tali causa eamdem legitime probet judici. At si legitimum impedimentum absentiae non plene probet, non retractatur sententia, nisi prius probet eam iniquam esse: nam ad hoc probandum admittitur, saltem si praesumptio aliqua sit contra sententiam, per quam prior praesumptio elidatur. Sumitur ex *c. cum Bertoldus* 18. *h. tit.* et docent Abb. *ibid. n.* 1. Gonz. *n.* 4. *et seq.* Laym. *n.* 6. Pirh. *hic. n.* 15. *et seq.* Vvies. *n.* 31. et hoc teste communis DD. *Excipitur* causa matrimonii, in cujus favorem conceditur restitutio contra sententiam, tametsi justa causa absentiae sufficienter probata non fuerit; *c. ex litteris* 4. *de integ. restit.*

52

2. Ferri debet cum causae cognitione, et servato juris ordine, sive cum praescriptis processus solemnitatibus; *cap. ad probandum* 24, junct. glos. *V. ex alia justa causa h. t. l. prolatam* 4. *C. de sent. et interloc. omn. jud.* Hiltr. *p.* 4. *tit.* 1. §. *qual. sit fer. sent. n.* 39; Vvagn. *in cap.* 19. *h. t. V. ordo juris*; Vall. *hic* §. 3. *n.* 6. Pirh. *n.* 17. San. *cap.* 3. *n.* 1.

Quaeres, an hoc procedat etiam de summo pont. vel alio summo principe? Resp. distinguendo; nam aliqua ad valorem sententiae requiruntur jure naturali, vel gentium, ut est citatio partium, et ut defensio rei admittatur, si defensio eidem competat; alia solum jure positivo sunt introducta, ut quod libellus offeratur in scriptis, litis contestatio fiat etc. Quod ea, quae descendunt ex jure naturali, vel gentium, etiam pontifex in causis decidendis, et sententiis ferendis ordinem juris servare debet; *c. in causis* 19. *h. t. et ibi* Laym. *n.* 1. Vvagn. *loc. cit.* cum aliis. Quoad ea autem, quae inducta sunt jure mere positivo, papa ad ordinem juris servandum non obligatur, cum princeps hujusmodi legibus non sit ligatus, et papa *ex plenitudine potestatis de jure possit supra jus dispensare;* ut dicitur *c. proposuit* 4. *de concess. praebend.* et monet Vivian. *in cap.* 19. *cit.* Laym. *n.* 1. *cit. Pirh. num.* 18.

53

3. Ferri debet a judice sedente pro tribunali; *c. fin. hoc tit. in* 6. *et novell.* 82. *cap.* 3. Quae solemnitas in judicio introducta fuit partim propter auhoritatem ipsius magistratus, partim, ut innuere-

tur, sedato, deliberatoque animo, et omnibus accurate perpensis ad sententiam perveniendum; Menoch. *de arbitr. lib.* 1. *q.* 61. *n.* 1. *et seq.* estque sententia aliter pronuntiata, si causa sit ordinaria, omnino invalida, *et nullius penitus momenti* ut dicitur *cap. fin. h. tit. in* 6. proceditque hoc, ut bene advertit gloss. *ibid. V. sedendo* non tantum, cum definitive judex pronuntiat, sed etiam cum causa plene cognoscitur, ut sedere ibi oporteat judicem; *l. utile* 2. §. *dies* 1. *ff. quis ordin. in possess. servet. et novell.* 11. *cap.* 3.

Dixi autem, *si causa sit ordinaria*; nam in causis summariis, ubi de plano, et sine strepitu judiciali proceditur sententia etiam a non sedente prolata valet per *clem. saepe* 2. *vers. sententiam de V. S.* et notat gloss. *ibid. V. stans*, gloss. *in cap. fin. cit. V. stando*, Vivian. *ibid. in rat.* Menoch. *n.* 1. *cit.*

54

4. Ferri debet ex scripto; *c. fin. cit. l. hac lege* 2. *et l. seq. C. de sent. ex brevic. recit.* Unde nulla est sententia, quae dicta fuit, cum scripta non esset. Ratio est, quia ejusmodi sententia finem imponit controversiae, et propterea, postquam prolata est, corrigi non potest a judice, et de ejus veritate semper constare debet; atqui si ex scripti recitatione non proferretur, saepe contingeret, ut ejus immutaretur tenor, et in judicio prolata veritas occultaretur in praejudicium, et ludibrium victoris: ergo etc.

Non desunt tamen casus, in quibus sententia, etiam sine scripto concepta, et recitata valet. Et talis est 1. si sit lata a papa, vel alio supremo principe; nam isti hac, et aliis juris solemnitatibus non adstringuntur; gloss. *in c. fin. cit. V. illustrium h. tit. in* 6. Layman *ibid. n.* 3. Vviest. *hic n.* 34. 2. Si causa sit levis, et exigui momenti, quales solent esse pleraeque, quae agitantur inter personas viles, vel etiam inter alias, sed duorum, vel trium aureorum quantitatem non excedunt; *auth. nisi breves C. de sentent. ex brevic. recit.* Franc. *in c. fin. cit. n.* 6. Laym. *n.* 3. Barb. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 23. Vviest. *n.* 34. 3. Si causa sit notoria; quia in his juris ordinem, et solemnitates observare non est necesse; *c. ad nostram* 21. *de jurejur. l. cit. limit. ult.* cum ceteris supra. 4. Si sententia talis sit tantum interlocutoria super articulo incidente; haec enim, etsi a notario in scriptum sit referenda, verbo tamen, et sine scripto, ut *n.* 20. innui, pronuntiari potest; quia *cap. fin. cit. et l. statutis* 3. *C. de sent. ex brevic. recit.* solum dicitur de sententia definitiva, quod ex scripto recitari debeat. Ergo a sensu contrario aliud dicendum de sententia interlocutoria. 5. Si aliud permittat consuetudo; nam per eam tolli ejusmodi solemnitates possunt; Franc. Layman Vviest. *l. cit.*

55

5. Judex proprio ore illam pronuntiet, necesse est; alias neque nomen sententiae merebitur, nec ab ea appellare necesse erit; *c. fin. cit. l. hac lege* 2. *et l. seq. C. de sent. ex brevic. recit.* Excipiuntur *l. hac lege cit.* personae, *illustrem aliquam administrationem gerentes*, *ceterique illustres judices*, qui propter dignitatis suae praerogativam sententias per alios recitare, et publicare possunt.

56

6. Ferri debet in loco publico : et quidem si judex sit *ordinarius*, et certum tribunal habeat, regulariter loquendo in eo ferre sententiam debet; alias sententia non valet; *l. jus* 11. *ff. de J. et J. et l. cum sententiam* 6. *C. de sent. et interloc. omn. jud.* Marant. *p.* 6. *de sent. act.* 1. *n.* 72. Hiltrop. *p.* 4. *tit.* 1. §. *qualis sit ferend. sent. n.* 3. Pax Jord. *tit.* 23. *n.* 166. Si vero sit *delegatus*, videndum, an ad unam solum, vel aliquas causas particulares delegatus sit, an vero ad universitatem causarum; nam *si primum* contingat, potest sibi eligere locum congruum, tutum, ac honestum, in quo jus dicat, cum certam sedem non habeat, sicut et arbiter; Bald. *in l. cum sententiam cit.* at si *secundum*, debet jus dicere in loco delegantis; quia ordinario aequiparatur : et ita intelligi debet textus *l. si locus* 59. *ff. de judic.* Marant. *l. cit.* Pax Jord. *n.* 167. Vviest. *n.* 35.

Dixi autem, *regulariter loquendo ;* nam 1. hac lege excipitur episcopus, qui de causis, ad forum suum pertinentibus, per se, vel per alium sententias ferre potest in quolibet loco non exempto suae dioecesis ; *cap. cum episcopus* 7. *de offic. ord. in* 6. Si partes litigantes consentiant, sententiam quilibet judex ferre potest in alio loco non solito, modo non egrediatur territorium suum. 3. Si ob vim hostilem, grassautem luem epidemicam etc. in proprio judicio jus dicere nequeat. 4. Si procedatur de plano, sine strepitu judiciario. 5. In causis voluntariae jurisdictionis. Videatur Marant. *l. cit. a n.* 72.

57

7. Ferri debet, antequam triennii in civili, et biennii lapsu in causa criminali instantia sit perempta; *l. properandum* 13. *princ. C. de jud.* quod verum est saltem de jure civili, et ubi instantiae tempus observatur usu : de quo vide *tit.* 1. *de judic. n.* 81. *et* 82. ubi ab usu tribunalium instantiae tempus a jure designatum recessit, duo judex curare debet: *Unum est*, ut causae definitionem non protrahat nimium cum partium litigantium damno, et sumptibus : *alterum*, ut non ita properet, ut moram sibi non faciat de causae meritis rite se instruendi; nam *primum* si faciat, partem injuste gravat inutilibus expensis, quas cavere potuisset, si mature ponderatis causae meritis,

ubi liquida facta fuit ad sententiam processisset; si alterum, etsi sententia, sic pronuntiata valeat ipso jure, contra eam tamen conceditur restitutio in integrum, eo quod praesumptio sit injustitiae, ut habetur *cap. tum ex litteris* 5. *de in integr. rest.* nam judicantem cuncta oportet rimari, et ordinem rerum plena inquisitione discutere. Hinc, ut Vivian. *in c.* 2. *h. tit.* ait, nec praecipiti festinatione, nec moratoria cunctatione, sed medium inter viam utramque tenens, lente festinando debet judex causam terminare.

58

8. Ferenda est sententia eo die, et hora, ad quam facta est citatio; alias si feratur ante vel post terminum citationis, non valet, tanquam lata parte non citata; *arg. l. aut generaliter* 5. *princ. et leg. fin. §. ult. ff. quod vi, aut clam.* nisi citatus fuerit contumax; tunc enim judex potest ferre sententiam post terminum, quandocunque vult sine alia citatione, cum ob contumaciam semper sit in mora; Marant. *p.* 6. *tit. de sent. act.* 1. *n.* 89. Pax Jord. *tit.* 25. *n.* 181. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 12. Imo ut notat Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 6. *n.* 12. ex praxi consistoriorum Germaniae provincialium etiam extra casum contumaciae, si non sententia ferri in termino citationis, consistit, et valida erit, si pronuncietur altera, vel etiam tertia die, non praecedente nova citatione.

59

9. Ferenda est die non feriato; *c. omnes* 1. *de feriis, et l. fin. C. eod.* et quidem interdiu, et non de nocte; *c. consuluit* 24. *de offic. deleg.* ubi ratio additur, quia tenebrae aptae sunt ad fabricandam fraudem. *Excipe*, nisi judicium de nocte peragi exigat necessitas, vel permittat consuetudo, vel id fiat partium consensu, saltem tacito, ut si praesentes non contradicant; nam hoc casu, licet male agat judex, si tamen adhibeantur sufficientia lumina, processus institutus, et sententia lata valet, praesertim si judex honestus sit, cum nullo jure legantur esse irrita, et multa prohibita sint, quae tamen acta valent; *c. ad apostolicam* 16. *de regular.* gloss. *in c. consuluit. cit. V. tenebras;* Marant. *n.* 92. Jordan. *n.* 183. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 11.

60

10. Ferri debet in eum, qui litem contestando suscepit judicium: et hinc si dominus ipse contestatus est litem, sententia feretur in dominum; si procurator, regulariter in hunc feretur. Excipitur 1. si syndicus, vel administrator generalis nomine ecclesiae, vel alterius communitatis agat in judicio; tunc enim sententia potest ferri contra ecclesiam, vel communitatem, ut constat ex *c. licet* 9. *de probat.* et notat *ibid.* gloss. *V. commune.* 2. Si tutor

nomine pipilli agat, vel curator nomine minoris 20. annis; nam pupillus, et minor ipse judicium suscipere censetur; *l. eum qui* 5. §. *si actori* 9. *ff. de const. pecun.* 3. Si agatur in judicio non ordinario, et procedatur simpliciter, ac de plano sine strepitu judicii; gloss. marg. *in l. non videtur* 1. *C. de sent. et interloc. omn. jud. lit. F.* 4. In causis matrimonialibus, et beneficialibus, aut similibus spiritualibus; glossa *in c. querelam* 24. *V. aeconomi de elect.* Abb. *n.* 10. *ibid.* Laym. *n.* 5. 5. In causa criminali intentata criminaliter; *l. fin. C. de injur.* Abb. *loc. cit.* 6. In foro canonico; cum enim hoc subtilitates juris civilis non attendat, in eodem sententia ferri in dominum absentem potest: 7. in camera imperiali; nam in hac, etsi lites omnes per procuratorem agitentur, sententiae tamen concipiuntur in personam domini, teste Gaill. *l.* 1. *obs.* 111. *n.* 2. ubi tamen excipit causas injuriarum, in quibus sententia contra procuratorem fertur ad evitandam infamiam.

61

11. Sententia debet continere condemnationem, vel absolutionem; *c. illa* 3. *de accusat. et l. res judicata* 1. *ff. de judic.* Perinde autem erit, sive hoc exprimatur per verba expressa, et formalia, sive per virtualia, et aequivalentia, nam ubi ad actus formam non verba certa, sed in genere tantum requiruntur, sufficiunt aequipollentia; *l. stipulatio* 1. §. *siquis ita* 2. *et* §. *fin. ff. de V. O.* Hinc si judex pronuntiet Titium nihil debere Cajo, absolvisse; vel si jusserit solvere, aut praestare, quod ab eo petitur, condemnasse censetur; Hiltrop. *p.* 4. *n.* 9. Causam, qua judex motus ad absolutionis, vel condemnationis sententiam est, regulariter non est necesse exprimere; quia in dubio ad eam justa causa permotus praesumitur; *c. in praesentia* 6. *de renunt. et cap. sicut* 16. *in fin. hic.* Imo nec consultum est eam exprimi; quia forte condemnatus ab ipsa expressa ad appellandam, et sententiam impugnandam animabitur; Abb. *in cap. sicut citat. num.* 11. Dixi *regulariter*; excipiuntur enim complures casus, in quibus expressio causae est necessaria. 1. In causis criminalibus, praesertim excommunicationis. 2. In causis appellationis, quando sententia, in prima instantia lata revocatur; *c. cum Bertholdus* 18. *hic.* 3. Quando ab observatione judicii, propter ineptam petitionem actoris in libello factam, reus absolvitur. 4. Quando quis absolvitur ab instantia judicii, et per patronos causae stetit, quo minus causa potuerit definiri. 5. Quando in pronuntiando a jure communi, speciali ordinatione, vel statuto, aut consuetudine recepta receditur. Videatur Durand. *specul. tit. de sentent.* §. 5. *num.* 14. Laym. *in cap. sicut cit. n.* 3. Vviest. *hic n.* 39.

§. III.

De re judicata.

SUMMARIUM

62

Quaeritur 1. quid intelligatur nomine *rei judicatae*? Resp. Nomen *rei judicatae* dupliciter potest accipi: *primo* pro ipsa lite, seu causa controversa, super qua sententia lata, et quae, ut Modestinus *l. res judicata* 1. *ff. hoc tit.* loquitur „*finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit*: et eatenus differt a sententia, sicut effectus a causa; sententia enim respectu rei judicatae se habet per modum agentis et causae, res judicata vero per modum facti, et effectus; Canis. *in summ. hoc tit.* §. 1. Zoes. *hic n.* 1. Pirh. *n.* 3. *Secundo* interdum accipitur pro ipsa sententia, non tamen statim, ac pronuntiata est, sed tum primum, quando illa nec defacto per appellationem suspensa est, nec per eandem, utpote decendio elapso, amplius suspendi potest: quod significant communiter DD. quando dicunt sententiam transiisse in rem judicatam.

63

Quaeritur 2. quando sententia transeat in rem judicatam? Resp. Tunc, quando victus sententiae, et pronuntiationi judicis acquievit; quod fieri potest vel *expresse*, solutionis, v. g. terminum, aut dilationem petendo; *l. ad solutionem* 5. *C. h. tit.* vel *tacite* appellationem intra dicendium non opponendo; *c. quod ad consultationem* 15. *hic*; nam utrovis modo si in rem judicatam transierit sententia, ita firma efficitur, ut accipiatur pro veritate per *reg.* 207. *ff. de R. J.* Estque praesumptio haec juris, et de jure, ita, ut postea non admittatur probatio in contrarium, etiam per instrumenta de novo reperta; *cap. suborta* 21. *de sent. et re judic. l. post rem* 56. *ff. eod.* quod statutum est propter rerum judicatarum authoritatem; *l. ad solutionem cit.* quae facit, ut quod jus non est, jus sit, et fiat, ut aliquis sit litium finis; Perez. *C. h. tit. n.* 2. Gonz. *in cap. lator* 7.

eod. n. 6. Vviest. *hic n.* 69. Sunt tamen varii casus, et causae, quibus etsi intra decendium appellatum non sit, sententia tamen in rem judicatam non transit, ac proinde in iis casibus, etiam transacto 10. dierum spatio, allegata probabili causa, peti potest, ut de causa iterato cognoscatur, et pronuntietur: imo potest judex ex officio, etiam invita parte, procedere ad retractandam hujusmodi sententiam, postquam de errore commisso ipsi constiterit, ut praecipitur *cap. lator cit.* et notat Pirh. *hic n.* 51. Ratio est, quia ad judicem pertinet peccata tollere.

64

Quaeritur 3. quibus casibus sententia non transeat in rem judicatam? Resp. Viginti quatuor recenset Marant. *de ord. judic. part.* 6. *act.* 1. *a n.* 139. praecipuos hic enumero. 1. Igitur non transit in rem judicatam sententia, quae est irrita ipso jure, ut si a judice incompetente, vel in falsum procuratorem mandato carentem, aut contra jus commune sit lata; nam talis sententia ne quidem decennio, multo minus decendio elapso authoritatem rei judicatae consequitur, cum de nullitate agi, et sententia retractari secundum communem doctrinam usque ad annos 30. possit, teste Gaill. *l.* 1. *obs.* 127. *num.* 8. Neque appellatio eo casu est necessaria, ut habetur *l. si cum inter* 2. *C. quand. provocar. non est necess.* quia appellatio tantum interponitur, quando sententia valet.

2. Sententia lata in causa matrimoniali, sive deinde lata sit contra matrimonium, quod revera contractum est valide, sive pro matrimonio, si illud ob impedimentum consanguinitatis, affinitatis etc. contractum sit invalide; quia nec contractum valide authoritate sententiae judicialis dissolvi, nec contractum invalide eadem authoritate coalescere potest: et ideo res judicata tantum prodesse non valet, ut ab ea recedere, et repertis aliis probationibus, litem de novo resuscitare non liceat; *c. lator* 7. *c. tenor* 10. *c. consanguinei* 11. *fin. hoc tit.* Gonz. *in c. lator cit. n.* 9. Barb. *ibidem n.* 9. Pirh. *n.* 47. *et seqq. hic*, Engl. *n.* 24. Konig *n.* 53. Vviest. *a n.* 71. *et alii passim.*

65

3. Sententia lata in causa beneficiali, argumento ducto a matrimonio carnali ad spirituale; nam etsi vi istius ille, qui per eam in causa succubuit, et intra decendium a sententia non appellavit, eo lapso opponere volens non audiatur, et sic quoad ipsum eatenus sententia transeat in rem judicatam, non tamen decendii lapsus victorem ita securum efficit, ut non eo lapso de nullitate tituli adversus illum opponi a quocunque, vel inquiri ex officio possit a ju-

dice; *c. constitutis* 46. *in fin. de appell.* Laym. *in c.* 32. *de elect. n.* 2. Vvagn. *in c.* 7. *hoc tit.* Pirh. *n.* 59. Vviest. *n.* 80.

4. Sententia excommunicationis, suspensionis, et interdicti; nam etsi hoc modo censuratus post decendium a sententia in se lata appellare nequeat, petere tamen absolutionem, et per simplicem querelam de talis sententiae injustitia queri potest, ut tradit gloss. *in cap. ad reprimendam* 8. *V. suspendatur de offic. judic. ord.* Abb. *in c.* 11. *hoc tit. n.* 9. idque sumitur ex *c. cum contingat* 36. *de offic. jud. deleg. c. fin. de poenis*, *c. sacro* 48. *de sent. excomm.* ex quibus constat, quod petens absolutionem, et probare volens sententiam esse injustam, semper audiatur. Eodem modo probari postea potest aliquem esse ligatum censura, contra sententiam, quae illum pronuntiavit ea esse immunem; quia pronuntiatio judicis, quod quis non sit excommunicatus, non mutat rei veritatem, si vere sit excommunicatus.

66

5. Sententia lata ex falsis instrumentis, vel testimoniis, praesertim si testes pecunia corrupti fuerint; nam haec etiam post decendium retractatur, si ea condemnatus probet adversarium hujusmodi instrumentis, vel testimoniis usum, et judicem in pronuntiando eorum fidem secutum esse; *cap. cum J. et A.* 22. *hoc tit. l. divus* 33. *ff. eod. l. et qui* 2. *et l. falsam* 3. *cod. si ex falsis etc.* Addidi, *et judicem eorum fidem secutum esse*; nam ut recte advertit Abb. *in cap. cum J. et A. citat. num.* 6. si judex, prolatis instrumentis pluribus, quibusdam falsis, quibusdam veris, aut plurium testium, quorundam corruptorum, aliorum idoneorum attestationibus receptis, vera secutus sententiam tulit, haec in rem judicatam transit, et confirmanda est per textum; *cap. cum. J. et A. cit.* quod utile per inutile vitiari non debeat, ut habet *reg.* 36. *de R. J. in* 6.

6. Sententia lata ex juramento necessario, quod in supplementum probationum a judice delatum est parti; haec enim ex repertis postea instrumentis, etiam lapso decendio, impugnari, et postquam falsitas, et injustitia juramenti sufficienter probata fuerit, retractari potest, ac debet, ut habetur *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* et dictum est *tit.* 24. *num.* 56. Aliter res se habet in sententia lata ex juramento judiciali, a parte sc. parti delato coram judice; haec enim propter instrumenta de novo reperta non retractatur: de quo vide *tit.* 24. *de jurejur. n.* 35. *et* 36. Ratio disparitatis est, quia decisio ex juramento judiciali fit utriusque partis consensu, et propterea vim transactionis habet, quae non retractatur praetextu instrumenti post reperti; *l. sub praetextu* 19. *C. de*

transact. at juramentum necessarium non ex utriusque consensu, sed altera parte invita defertur, et quidem ex inopia probationum. Ergo copia probationum emergens illud infirmat; Maraut. *p.* 6. *act.* 1. *n.* 146. Pax Jordan. *tit.* 25. *n.* 99. Zoes. *hic num.* 9. Pirh. *num.* 62. Vviest. *n.* 83.

67

7. Lata ex consilio alicujus doctoris, sive jurisperiti; Vvagn. *in cap.* 7. *h. tit.* semper enim retractari potest, quandocunque apparebit consilium alterius rectius sentientis. Idem dicendum, si lata sit ex judicio peritorum, vel expertorum in certa aliqua arte, vel negotio; possunt enim fortassis occurrere peritiores, qui ostendant priores errasse: si tamen de consensu utriusque partis sint assumpti, sententia obtineret authoritatem rei judicatae.

8. Lata ex depositionibus testium de credulitate, aut aliis probationibus mere praesumptivis, nisi praesumptiones illae fuissent juris simul, et de jure; talis enim sententia retractari potest, quandocumque manifestum evadit credulitatem illam, vel praesumptionem fuisse falsam; *arg. l. siqui adulterii* 34. *cod. ad leg. jul. de adult.* Felin. *in c. proposuisti* 4. *de probat. n.* 10. Marant. *l. c. n.* 133. Vviest. *n.* 85.

68

9. Lata ex probationibus a jure reprobatis, v. g. per duellum, aut experientiam ferri candentis, aquae frigidae, aut ferventis; nam tali casu sententia est ipso jure nulla: cons. juxta *n.* 64. transire in rem judicatam nequit.

10. Denique quaevis sententia, quando causa, ex qua aliquis condemnatus est, ad non causam transit: hinc revocanda, et pretium restituendum sartori, vel fulloni est, quod solvere per sententiam debuit ob pannum, aut vestimentum, sua culpa amissum, si hoc soluto pretio repertum fuit; *l. si fullo* 2. *ff. de condict. fin. caus.* Brunnem. *ibid. n.* 1. Konig *hic n.* 53. Vviest. *n.* 86.

69

Quaeritur 4. An res judicata vim habeat etiam in foro conscientiae, ita ut verus debitor, (eadem quaestio fieri potest etiam de aliis casibus) si per sententiam secundum allegata, et probata absolutus est ab obligatione solvendi debitum, postquam illa lapsu decendii in rem judicatam transiit, ab ea obligatione etiam in foro animae liberetur? Satis convenit inter DD. rem judicatam non prodesse in foro animae illi, qui mala fide, sc. cum litigandi justam causam non habere se scivit, judicium nihilominus subiit, et sententiam pro se tulit; quia non est credibile, quod legislator, sive ecclesiasticus, sive saecularis, calumniosum litigatorem afficere prae-

mio, et ipsi victoriam in foro animae prodesse voluerint, sic enim litium non finis, sed initium, nec dominiorum, et jurium certitudo, sed mera confusio nasceretur, quippe cum homines improbi facilius ad lites convolarent, spe bona illecti, fore, ut rem, vel jus, quod sine judicio, et sententia consequi desperabant, per judicium, vel sententiam, per nefas extortam, plena cum securitate obtinerent.

70

Dubium itaque solum est de casu, quo quis bona fide litem contestatus, et prosecutus sententiam pro se tulit, et ex postea repertis documentis rescit, se e. g. debitorem esse? Quo casu negativam defendunt Innoc. *in cap. quia plerique* 8. *de immunit. num.* 5. Abb. *ibidem n.* 25. *et in c. cum inter* 13. *hoc tit. n.* 8. Felin. *in cap. novit.* 13. *de judic. n.* 5. *et* 6. Sylvest. *summ. V. sententia n.* 11. Adrian. *quodlib.* 6. *art.* 1. *vers. ex quo infero*, Sot. *l.* 3. *de just. q.* 4. *art.* 5. Azor. *p.* 3. *c.* 16. *q.* 3. *vers. ceterum.* Fundantur 1. textu *c. significantibus* 2. *de purg. vulg.* ubi Innocentius III. ei, qui furti in judicio condemnatus fuit, innocentia illius post transitum sententiae in rem judicatam comperta, restitui praecipit universa, quae illius criminis praetextu eidem ablata fuerant: 2. *l. si fullo* 2. *ff. de condict. fin. caus. et l. in commodato* 17. *ff. commodati*, ubi permittitur repetitio solutionis, quam conductor, aut commodatarius, ex locato, vel commodato conventus, ob rem locatam, vel commodatam amissam fecerat, si res postea fuerit inventa, et recuperata, manifesto indicio, per rem judicatam victorem in causa non effici absolute tutum: 3. *l. Julianus* 60. *princ. ff. de condict. indebit.* ubi dicitur, si verus debitor a creditore in judicio conventus absolvatur, natura obligatum manere: atqui naturalem obligationem sententia judicis non potest tollere: 4. *paritate* cum pacto nudo, contractu per metum levem extorto, laesione infra dimidium justi pretii, in quibus actibus, etsi paciscens, metum inferens, laedens infra dimidium per sententiam absolvatur, ab obligatione naturali tamen, ex hujusmodi actibus orta, non liberatur: 5. *ratione*: quia sententia judicis fundatur in praesumptione justitiae, et meritorum causae ejus, pro quo pronuntiatum est; *cap. cum inter* 13. *in fin. hoc tit.* ibi, *quae praesumitur rite per omnia celebrata*: atqui praesumptio compertae veritati cedit, praesertim in foro animae, in quo super omnia veritas est, ut dicitur *Esdr. l.* 3. *c.* 3. *v.* 13.

71

Haec argumenta probabilissimam omnino hanc sententiam faciunt; sed non minus probabilis etiam est affirmativa, quam defendunt Joan. Andr. *in cap. novit.* 13. *de judic.* Host. *summ. tit. de sent.* §. *quot sint*: *vers. sed nunquid prop. med.* Rosell. *V. restit.* 4. *n.*

9. Fortun. Garc. *in l. veluti* 2. *ff. de I. et I. n.* 24. Laym. *l.* 1. *tr.* 4. *cap.* 17. *n.* 3. Gonz. *in cap.* 7. *hoc tit. n.* 5. *et seqq.* P. Simon Felix *in resolut. M. S.* P. Schmier *process. c.* 16. *n.* 137. eamque canonica decisione, et rationis pondere priori praevalere affirmat Vvies. *hic n.* 104. Nituntur 1. textu *cap. cum inter* 13. *hoc tit.* ubi *vers. quamvis* Innocentius pro parte diversa allegatus statuit, sententiam observandam, quae contra jus litigantis lata fuerat ex instrumentis donationis invalidae, et hanc secutae infirmae confirmationis, additque rationem, *quod tantum ad litigantes ipsos jus ex sententia factum est, postquam in rem transiit judicatam*: atqui non posset dici jus ex ea sententia ortum, si res judicata tali casu vim in foro conscientiae non haberet, quia jus dici non potest, quo quis sine alterius injuria uti non potest; 2. *l. cum putarem* 36. *ff. famil. herc isc.* ubi decernitur, quod si quis cohaeredem, qui talis non erat, admiserit ad divisionem haereditatis, eique judicis authoritate res quasdam haereditarias dederit, nequeat datum repetere, tametsi postea veritas cognita, et error detectus fuerit: atqui repetitio huic injuste negaretur, si per adjudicationem a qua provocatum non est, et secutam solutionem rerum dominium non transferretur. Si autem transfertur istud, res judicata vim habet etiam in foro animae. 3. *Ratione*; quia resp. cum sit domina rerum nostrarum magis, quam nos ipsi, potuit tribuere rei judicatae tantam vim, ut victorem in conscientia de re ipsi adjudicata securum redderet; et ita securum reddidisse satis colligitur ex pluribus juris utriusque textibus, quibus statuitur, ut res judicata habeatur pro veritate; *l. res judicata* 207. *ff. de R. J.* ut jus inter partes litigantes constituat; *c. cum inter* 13. *h. tit.* ut nec per instrumenta, nec per rescriptum principis, nec per novam sententiam, vel transactionem infringi possit; *c. inter* 20. *c. suborta* 21. *in fin. hoc tit. l. si causa* 32. *cod. de transact. l. latam* 1. *cod. quand. provoc. non est necess.* 4. *paritate cum praescriptione*, quae, ut *tit.* 26. *num.* 9. dictum est, ex tacita voluntate domini, quam leges ob bonum, et quietem publicam praesumunt, vires assumit, et ideo prodest in omni foro, atqui etiam res judicata ex tacita, vel expressa voluntate domini, per sententiam victi; robur accipit, ut dictum est *n.* 63. et haec voluntas merito a jure praesumitur, tum ut rerum dominia, et jura essent terminata, tum ut litium foret finis: igitur et ipsa proderit in utroque foro; 5. *tritis apud JCtos phrasibus*, quibus res judicata dicitur *facere de non ente ens, et de ente non ens, ex albo nigrum, ex nigro album, ex debito indebitum, et ex indebito debitum*; item cum dicunt *eam naturae instar juribus dare originem, eaque perimere, augere, et diminuere*: quae phrases, et modi lo-

quendi valde improprii essent, si res judicata non prodesset in foro interno.

72

Argumenta negativae sententiae non sunt ita firma, ut non etiam idoneam patiantur solutionem. *Ad* 1. sententia in *cap. cit.* relata retractationi fuit obnoxia, quia contra juris ordinem, sine probatione legitima, ex sola purgatione vulgari per duellum lata, et ipso jure fuit invalida, cons. juxta dicta *n.* 64. in rem judicatam transire non potuit. *Ad* 2. sententia in casu *l. cit.* non retractatur, sed redit ad non causam; nam aestimatio soluta tantum est in defectum rei amissae: unde hac reperta, et recuperata a domino, aestimatio, seu pretium ejus sine causa apud hunc existit, ac proinde tanquam indebita repeti a solvente potest, et restitui ab accipiente debet, ne cum re etiam istam cum damno solventis lucretur accipiens. *Ad* 3. id intelligi debet de eo, qui debiti conscius mala fide litigavit, et sententiam absolutoriam pro se tulit; nam hunc etiam post transitum sententiae in rem judicatam obligatio naturalis stringit, quod jura non malam, sed bonam dumtaxat fidem habenti assistant. *Ad* 4. negatur paritas; nam ex nudo pacto, metu levi, et laesione infra dimidium solum negatur actio; sententiae vero in rem judicatam transitu, et executione in victore extinguitur etiam obligatio, non quidem pronuntiatione judicis (nam praetor dare dominium nequit) sed authoritate juris rerum, juriumque dominium, vel quasi dominium in victorem transferentis, ut ostensum est *n. praec.* *Ad* 5. esto, quod res judicata fundet praesumptionem justitiae, et meritorum ejus, pro quo judicatum est; illius tamen authoritas, et firmitas non nititur ejus praesumptionis veritate, sed ordinatione legali, et salute, seu felicitate reip. quae, ut Cicero *orat. pro Sylla* inquit, rebus judicatis maxime continetur, cum publice magis expediat, ut res judicatae firmae, quam ut semper justae sint, ut notat Gonz. *in c. cum inter cit. n.* 6.

73

Quaeritur 5. in quibus causis stabilita hactenus, et declarata firmitas rei judicatae procedat? Resp. Procedit solum in causis privatorum; nam ad has aperte restricta est ab impp. Antonino, et Vero; *l. imperatores* 35. *ff. hoc tit.* ubi in negotio publici hujusmodi novorum instrumentorum usus ex causa aperte permittitur; Brunnem *in loc. cit. n.* 3. Sed etiam in privatorum causis multiplex fieri exceptio debet.

Nam 1. excipiuntur sententiae latae in causis criminalibus, si capitales illae sint; nam cum talis sententia secundum dicta *lib.* 1. *tit.* 32. *n.* 30. in eum, qui privatim scitur innocens, secundum al-

legata, et probata ferri non possit, etiam executioni mandari non poterit in illum lata, quandocumque, et quomodocumque rei innocentia fuerit explorata. Aliud est in causis criminalibus non capitalibus; nam in his, ut *tit. cit. n. tit.* dictum est, sententia ferri potest secundum allegata, et probata a judice, etiamsi iste privatim sciat eum, quem condemnat, innocentem esse: igitur etiam nihil impediet, quin post sententiae in rem judicatam transitum executioni detur, nisi condemnatus pro ejus retractatione principi supplicare velit; Molin. *tr.* 2. *de I. et I. D.* 258. *n.* 4. *et* 5.

74

Excipitur 2. quando ex instrumentis de novo repertis constat, quod jam prius lata fuerit sententia contraria, quae in rem judicatam transiit; nam sententia secunda illi opposita ipso jure esset invalida; *can. ei qui* 41. §. 2. *definitiva caus.* 2. *q.* 6. *et l. latam* 1. *cod. quand. provocar. non est neces.* cons. vim rei judicatae non habet, nec retractationem etiam post decendium faciendam impedit. Addidi; *quae in rem judicatam transiit*; nam si in rem judicatam non transiit, quod vel invalida fuerit, vel in dubium revocata, valebit secunda, et eam pronuntiando judex censebitur priorem revocare, et declarare nullam; *c. inter* 20. *hoc tit. et ibi* gloss. *V. posthabita*, Felin. *n.* 23. Alex. de Nevo *n.* 45.

Excipitur 3. si adversus sententiam, a qua intra decendium provocatum non est, producatur testamentum noviter repertum; nam hujus praetextu favore ultimae voluntatis, ut exitum habeat, sententiam retractandam existimant Bald. *in l. imperatores* 3. §. 1. *ff. de transact.* Felin. *in c. suborta* 21. *n.* 12. Oddus *de restit. in integr. p.* 2. *q.* 73. *art.* 4. et favet *l. omnibus* 1. §. *ratio* 1. *ff. test. quemad. aper.* ubi Gajus, *neque enim*, inquit, *sine judice transigi*, *neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis*, *quae ex testamento proficiscerentur*, *aliter potest*, *quam inspectis*, *cognitisque verbis testamenti*. *Conf.* nam favore ultimae voluntatis noviter reperti testamenti praetextu etiam retractatur transactio, et juramentum; *l. imperatores* §. 1. *citat. et l. fin. cod. de reb. credit.* quibus quoad vim, et robur sententia aequiparatur.

75

Excipiuntur 4. causae minorum; nam, ut Paulus JCtus; *l. minor* 36. *ff. de minor.* ait, *minor omissam allegationem per in integrum restitutionis auxilium potest repetere*; cons. etiam instrumenta de novo reperta, quae ante ignorabat, producere. Quod Bartol. *in l. imperatores cit. n.* 1. et Felin. *in c.* 21. *hoc tit. n.* 17. extendunt etiam ad furiosos, et prodigos; quia, ut gloss. *in l. orationis* 2. *V. eodem cod. de curat. furios.* notat, privilegia, et beneficia mi-

noribus concessa ad omnes porriguntur, qui per curatores reguntur.

Excipiuntur 5. causae ecclesiarum ex communi DD. qui tamen in remedio istis assignando differunt; nam aliqui eisdem concedunt ordinarium juris communis; *l. imperatores* 35. *ff. hoc tit.* nam earum causae negotium publicum reputantur; *arg. can. jus publicum* 11. *dist.* 1. sed melius eisdem cum Abb. *in c.* 21. *cit. n* 14. Layman. *n.* 7. Gonzal. *n.* 8. Vviest. *hic n.* 110. asseritur extraordinarium restitutionis integrum, quale minoribus competit; nam et ipsae jure minorum gaudent; *capit. requisivit* 1. *et c. auditis* 3. *de in integr. restit. Neque obstat*, quod ecclesiae *in c. suborta* 21. *hic* sententiae adversus se latae, et rei judicatae retractatio simpliciter denegetur; hoc enim factum fuit; quia restitutio intra quadriennium jure concessum vel non fuit petita, vel si fuit petita, quod ecclesia, contra quam restitutio facienda erat, assistentiam juris communis pro se habuerit, merito est denegata; Gonz. Vviest. *l. cit.*

76

Excipiunt aliqui 6. et hoc beneficium restitutionis in integrum extendunt etiam ad quemcumque, qui instrumenta noviter reperta ex probabili ignorantia non produxit: quod evincere conantur 1. ex *l. hujus* 1. *ff. ex quib. caus. major.* et adjecta ibidem clausula generali, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam.* 2. ex *l. si mater* 11. *princ. ff. de except. rei jud.* ubi mater post sententiae in rem judicatam transitum ad denuo agendum admittitur. 3. ex *l. argentarius* 10. §. *fin. ff. de edend.* ubi is, qui ob defectum rationum, ab argentario non exhibitarum, succubuit, ad agendum contra adversarium denuo admittitur. Sed majoribus ex hoc capite beneficium restitutionis adversus rem judicatam negant accuratiores juris interpretes teste Brunnem. *in l. sub specie* 4. *cod. de re judic.* ob generalitatem istius legis, et rationem; quia si laborantes ignorantia probabili instrumenti, aut alterius probationis ad denuo agendum restituerentur, rerum judicatarum authoritas vacillaret contra; *l. servo* 65. §. *cum praetor* 2. *ff. ad S. C. trebell.* Accedit, quia in judicio victus ob instrumenti non producti ignorantiam, succubuisse videtur casu fortuito, quo si laesi etiam minores sint, eisdem auxilio restitutionis non subvenitur; *l. verum* 12. §. *si locupleti* 5. *ff. de minor. Neque contrarium* evincunt argumenta opposita. *Ad* 1. ex clausula illa subvenitur majoribus tantum, *quatenus per leges, plebiscita etc. licebit*; ut ibidem dicitur: atqui *c. suborta* 21. *et l. imperatores* 35. habeatur, *sub praetextu novorum instrumentorum post ea repertorum* (qualia vel maxime sunt, quae litigatori non erant cognita) *restitui non oportere. Ad* 2. Mater ad denuo agendum admissa est, ex nova causa, libello ante oblato non

comprehensa: quo casu rei judicatae exceptionem non obstare agenti, advertunt Donell. *l.* 22. *comment. cap.* 5. *litt. Q.* Obrecht *de libell. cap.* 11. *n.* 68. *et seqq.* Brunnem. *in l. si mater cit. n.* 2. et alii communiter. *Ad* 3. lex illa procedit in casu, quo dolo malo adversarii factum est, ne rationes ederentur, ut patet ex ipso textu ibi, *cautione subrepta etc.*

77

Excipiunt 7. Si instrumenta noviter reperta, vel obtenta ab eo, qui judicio victus est, produci antea non potuerunt, quo ea perdiderit, vel ab eo, qui in manibus illa habuit, debito conatu adhibito, non potuerit obtinere; nam hujus rei summariam fidem si faciat, eundem saltem vi clausulae generalis ad impugnandam sententiam ex tali instrumento admittendum, censet Innoc. *in c. ultra* 55. *de test. et attest. n.* 2. Felin. *in c.* 21. *hoc tit. n.* 15. Abb. *ibidem n.* 16. Alex. de Nevo *a n.* 52. Pirh. *hic n.* 42. *fin.* Estque sententia haec, licet in jure non satis expressa, aequitati tamen valde consentanea, ut notat Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 115. qui *n. seq.* ex mente aliorum DD. hujusmodi litigatori utilem cautelam suggerit, ut apud judicem protestetur, se nunc a productione instrumentorum impediri, sibique reservare jus illis utendi, quamprimum copiam eorum nactus fuerit; tali enim protestatione admissa, eum tutum esse existimat.

Excipitur 8. si sententia lata sit ex juramento necessario, in supplementum probationum delato a judice; haec enim repertis postea instrumentis, si intra quadriennium in judicio illa producat victus, et simul noviter reperta juraverit, retractatur, ut dictum est *n.* 66. *et tit.* 24. *de jurejur. n.* 56.

Excipitur 9. Si pars victrix post sententiam latam ultro confiteatur de non jure suo in causa, in qua vicit; nam eo casu judex illam non exequetur, etsi per lapsum decendii in rem judicatam transierit: et ratio est, quia res judicata ex confessione judiciali, retractatur, ut dictum est *tit.* 18. *de confess. n.* 26.

§. VI.

De effectu sententiae, et rei judicatae.

SUMMARIUM

Effectus sententiae, et rei judicatae complures sunt: reduci tamen possunt ad tria capita; nam aliqui respiciunt judicem, alii partes litigantes, alii causam, super qua lata est. Hinc

78

Quaeritur 1. quem effectum sententia producat ex parte judicis? Resp. Facit ut judex officio suo censeatur functus, sic, ut sententiam a se latam revocare aut corrigere nequeat, quamvis illam iniquam esse manifeste agnoscat, nisi vel interlocutoria simplex, vel omnino fuerit nulla. Patet ex *l. quod jussit* 14. junct. gloss. *fin. et l. judex* 55. *ff. de re judic.* Vallens. *hic* §. 2. *n.* 2. *et* §. 5. *n.* 1. Pirh. *n.* 85. Sannig. *c.* 4. *n.* 1.

Proceditque hoc, ut recte monet Vallens. *l. cit.* ut revocari non possit ejusmodi sententia 1. etiam consensu partium. 2. in quacumque causa sive civili, sive criminali. 3. etiam praetextu erroris, modo iste sententiam non reddat invalidam. 4. etiam intra 10. dies, qui conceduntur ad appellandum. 5. etiam, si in melius reformare judex eandem vellet. 6. neque hoc locum dumtaxat habet quoad negotium principale, sed etiam quoad accessoria v. g. quoad expensarum, aut fructuum condemnationem, vel absolutionem; nam ac-

cessorium sequitur principale. 7. nec tantum procedit istud in judice, qui sententiam illam tulit, sed etiam in successore ejusdem; *l. post sententiam* 9. *C. de sentent. et interloc. omn. judic. excipitur* princeps, qui et suam, et antecessoris sui sententiam corrigere, emendare, et revocare potest ad nutum suum; quia sententiam revocari non posse, aut mutari habetur ex jure civili, quo solutus est princeps.

79

Dixi autem 1. *revocare, aut corrigere*; nam declarare eandem potest, et eodem die supplere, si aliqua omisit, quae in consequentiam rei, et condemnationis principalis veniunt, ut si omisit imponere restitutionem fructuum, et expensarum etc. *l. Paulus* 42. *ff. de re judic.* Dixi 2. *quamvis illam iniquam esse manifeste agnoscat.* Sequitur ex dictis *n. praeced.* cum enim post latam definitivam, si valida sit, judex functus sit officio suo, judex esse quoad causam eandem desinit, nisi quoad executionem sententiae, quod jam non amplius ad officium illius mercenarium, sed nobile pertinet. Dixi 3. *nisi fuerit omnino nulla*; nam si ipso jure nulla sit, revocare eam, et corrigere judex potest: et ratio est, quia nullam proferendo judex nondum functus est officio suo; *l. si accusatoribus* 4. *C. de accusat. et inscription. l. si ut proponis* 5. *C. quom. aut. quand. jud. etc.* Dixi 4 *vel interlocutoria simplex fuerit;* nam interlocutoria simplex, ut *n.* 36. dictum est, extra casus ibi expressos revocari potest, saltem de jure canonico, quidquid sit de jure civili, de quo dubium faciunt textus *l. quod jussit* 14. *ff. de re judic. et l. divi fratres* 27. *princip. ff. de poenis*, ubi sine distinctione inter definitivam, et interlocutoriam negatur sententias revocari posse: quod dubium quidam conantur solvere, dum ajunt, textus illos solum intelligendos de sententia definitiva, quae, quando nomen sententiae simpliciter pronuntiatur, eo nomine sola venire ceteris paribus solet, ut insinuavi *n.* 20. *supra.*

80

Quaeritur 2. quem effectum producat sententia ex parte partium? Resp. Si valet, inter ipsas jus facit, et ad parendum obligat, nisi ab ea intra decem dies fuerit appellatum; *c. cum inter* 13. *vers. quamvis h. tit.* Ratio est, quia tum pro veritate habetur; *reg.* 207. *ff de R. J.* et pro se habet praesumptionem juris, et de jure, quod sit justa: estque praesumptio haec adeo fortis, ut ejusmodi sententiae standum sit, nec instaurari postea lis ita finita possit; *leg. ad solutionem* 4. *C. de re judic.*

Dub. 1. an sententia, et res judicata etiam aliis, quam condemnato, aut victori obsit, vel prosit? Videtur respondendum affirmative; quia, ut modo dictum est, pro veritate habetur, est autem

respectu cujuscumque veritas semper eadem, neque enim, quod verum est respectu unius, falsum esse potest respectu alterius. *Conf.* quia sententia definitiva, si in rem judicatam transiit, controversiis imponit finem, non autem imponeret, si non etiam prodesset, vel obesset aliis : ergo etc.

81

Sed dicendum rem judicatam aliis regulariter non prodesse, nec obesse, ut clare statuitur *c. quamvis* 25. *hoc tit. saepe* 63. *et ibi* gloss. *in casu, et V. petitoribus ff. de re judic. l. res inter alios* 2. *C. quibus res judic. non nocet, et toto tit. C. res int. al. act. etc.* Ratio est, quia uni per alterum iniqua conditio inferri non debet, ut habetur *reg. non debet* 74. *ff. et reg.* 22. *in* 6. *proceditque* hoc, etiamsi eadem causa agatur, vel par sit ratio, et idem utriusque jus, nam alteri personae potest competere alia defensio, et mutatio personarum facit rem aliam videri; *l. et an* 24. *princ. et l. si cum uno* 22. *ff. de except. rei judic. conf.* nam litigantes contestando litem in judicio inter se quasi contrahunt in ordine ad eundem judicem, coram quo litigant; *l. licet* 3. *§. idem scribit* 11. *ff. de pecul* ergo sic ut contractus eos dumtaxat obligat, qui in cum consenserunt, non alios, ita etiam ex illo quasi contractu litigantes, non alii requirere debent.

82

Dixi autem, *regulariter* ; nam plures sunt casus, quibus res inter alios acta etiam aliis prodest, vel obest. Talis est, si is, cui principaliter, et primo loco actio, vel defensio causae competebat, patitur scienter agere alium; *c. quamvis cit. et l. saepe* 63. *§. scientibus ff. de re judic.* quia hoc casu consentire videtur, ut alter suo nomine, tanquam procurator ejusdem, experiatur. *Neque obstat*, quod ad hoc, ut aliquis agat alterius nomine etsi in favorabilibus sufficiat scientia, et patientia, in praejudicialibus tamen requiratur mandatum ; nam ideo alias mandatum requiritur, quia sine mandato non esset persona habilis et legitima ad agendum pro alio. At in nostro casu is, ad quem res secundario pertinet, jam habet personam legitimam agendi in judicio : nam proprium deducit jus : igitur modo consentiat is, qui primum locum obtinet, censebitur etiam agere ipsius nomine.

2. Si is, qui causam ab aliquo habet, e. g. creditor super re v. g. fundo sibi oppignorato sine ulla protestatione agere passus est debitorem, a quo causam habet ; nam etsi actio, et defensio super rei oppignoratae proprietate principaliter debitori, non creditori competat, si tamen ille videns istum super re sibi oppignorata litigare, de jure suo non potestetur, sententia adversus creditorem lata noce-

bit debitori; *cap. quamvis, et l. saepe cit.* quia in litis a creditore motae prosecutionem visus est consentire; Abb. *in c. quamvis cit. n.* 9. Alex. de Nevo *ibid. n.* 8. Vviest. *hic n.* 90.

83

3. Si jus tertii, vel actio a jure litigantium pendeat. Sic quando contra haeredem pronuntiatur testamentum esse invalidum, hoc ipso etiam legatarius legatum suum amplius nequit petere: et quando contra oppignorantem pronuntiatur rem oppignoratam non oppignorantis, sed alterius esse, etiam pignoris jus in eo, qui pignori eam accepit, evanescit; *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor. et hypoth.* quia resoluto jure authoris, resolvitur etiam jus successoris, nec quisquam plus juris potest transferre in alium, quam ipse habeat.

4. Si omnium vice, et jure litigatum est, ut si unus ex haeredibus sub conditione scriptus, vel apud hostes erat, et interim alius haeres pure scriptus, vel qui in civitate erat, solus actiones intenderit de re, aut actione haereditaria; nam si postmodum is, qui sub conditione scriptus fuit, impleverit conditionem, vel quia captivus apud hostes detinebatur, ex captivitate rediit, et haereditatis partem est consecutus, commodum victoriae, siquam actor retulit, etiam isti proderit; *l. si haeres* 7. *ff. famil. hercisc.*

84

Si causa est individua pluribus communis, seu connexa, ut in servitute; tunc enim si unus ex sociis ratione praedii communis intendat servitutem praedio communem deberi, et obtineat, ejus victoria omnibus proderit; *l. loci* 4. §. *si fundus* 3. *ff. si servit. vindic.* nam cum omnes fere servitutes individuae sint, de individuis autem agere nemo pro parte possit, ideo sententia favorabilis uni prodest etiam alteri, et in contrarium lata contra socium nocet ceteris, nisi dolo, aut culpa socius fuisset condemnatus.

6. Quando aliorum interest: ubi tamen est distinguendum, utrum isti ad judicium legitime citati, in eo non comparuerit, an vero nulla illorum sit facta citatio; nam in primo casu etiam ipsis sententia lata nocet; quia censetur etiam inter ipsos judicatum, dommodo citatio ad notitiam ipsorum pervenerit, vel per ipsos steterit, quo minus perveniret. *In secundo*, etsi praesumptionem faciat, adeo, ut iis, tanquam publica diffamatione, vel indiciis gravatis, purgatio canonica indici valeat, res tamen respectu illorum pro judicata non habetur. Videatur Abb. *in c.* 25. *a n.* 13. Alex. de Nevo *ibid a n.* 8. Pirh. *ibid. a n.* 82. Vviest. *a n.* 89.

85

Dub. 2. an quandocumque sententia vim legis habeat? Respon. distinguendo inter eam, quae lata est a papa, vel alio supremo prin-

cipe, et inter illas, quae a judicibus inferioribus latae sunt. *Prima* regulariter vim legis habet, et jus facit inter alios inferiores judices ita, ut etiam ipsi in similibus causis similiter judicare debeant, prout habetur *c. in causis* 19. *h. t. et l. fin. princ. C. de legib.* Viv. *in c.* 19. *cit.* Laym. *ibid. n.* 2. Barb. *n.* 1. *et seq.* Pirh. *hic n.* 19. Ratio est, quia judicium principis praesumitur integrum, et omnia in eo plene examinata. *Conf.* ex praxi, et authoritate utriusque juris; pleraeque enim leges, et canones continent sententias, et responsa principum, ac pontificum in particularibus causis, ex quibus sumuntur regulae universales similiter judicandi in causis similibus. Hinc *l. quod principi* 1. *ff. de constit. princip.* Ulpianus, *quod principi*, ait, *placuit, legis habet vigorem.*

86

Posteriores, seu latae a judicibus inferioribus, etsi, ut *n.* 80. dictum est, jus inter partes faciant, vim tamen legis alios obligantis non habent. Ratio est, quia horum judicium non praesumitur ita integrum, sicut principis, nec ipsi habent potestatem condendi legem, aut interpretandi latas quoad alios extra causam; *l. fin. C. de leg.* Hinc de iisdem judicibus inferioribus, *l. nemo* 13. *C. de sent. et interl. omn. jud.* dicitur, *non exemplis, sed legibus judicandum esse. Excipitur*, si aliquoties in aliquo tribunali in similibus causis ita judicatum sit; tunc enim inde orta censetur consuetudo quaedam, quae *stylus curiae*, vel *fori* vocatur, et cons. in eo loco, ubi viget ejusmodi consuetudo, etiam per alios deinceps ita judicandum est.

87

Addidi *regulariter*: nam plures sunt exceptiones, quibus etiam sententia papae, vel principis supremi pro lege haberi non debet. et talis est 1. Si sententia non sit definitiva, sed interlocutoria tantum; nam interlocutoria, nisi sit inserta corpori juris communis, vel nisi princeps interloquendo jus exponat, aut saltem ea feratur a principe causa cognita, et partibus praesentibus, non facit jus generale; Laym. *in cap.* 19. *h. t. n.* 3. Vvag. *ibid. V. ceteri not.* 2. Pirh. *hic n.* 20. 2. Si definitiva quidem sit, sed lata contra absentem contumaciter, qui ad sententiam audiendam citatus noluit comparere; tunc enim non videtur jus facere inter alios judices in causis similibus; *l. fin. in princ. C. de legib.* ubi partium praesentia requiritur ad hunc effectum. Limitat Felin. *in c.* 19. *cit. n.* 5. si causa in praesentia partis sufficienter cognita, et sententia tantum lata fuerit in ejusdem absentia: nam tali casu sententia in ipsum fertur non ob contumaciam, sed ob malam causam, cons. etiam in absentia partis lata jus debet facere. 3. Si princeps per dispensationem, vel ex plenitudine potestatis statuerit aliquid, vel decreverit per sententiam con-

tra, vel praeter jus commune: illud enim ad alios similes casus extendi non debet: et ratio est, quia quod a lege communi exorbitat, non est producendum ad consequentias; *l. quod vero ff. de LL.* et quae princeps alicui ob merita causae indulsit, vel siquam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur ut habetur *l. quod principi* 1. *ff. de const. princ.*

88

Quaeritur 3. quosnam effectus alios producat sententia ex parte causae, et accidentium causae? Resp. 1. per sententiam definitivam finitur lis, seu controversia; *c. jurgantium* 2. *h. t.* intellige saltem quoad instantiam judicii; Zoes. *hic n.* 11. Pirh. *n.* 85. Ratio est, quia post latam sententiam definitivam, si valida sit, judex officio suo functus est, et desinit esse judex quoad eam causam; *l. judex* 55. *de re judic.* Vide *n.* 78. *supra.* Addidi *definitivam*; nam per interlocutoriam causa plerumque non dirimitur, vel deciditur; *l. post sententiam* 9. *C. de sent. et interloc. omn. judic.* nisi vim definitivae habeat.

89

2. Ex sententia lata pro actore, competit ei *actio in factum* ad praestandum id, in quo reus condemnatus est; *l. actori* 8. *C. de reb. credit.* quae est actio personalis, perpetua, et rei persecutoria, et datur tam haeredibus actoris, quam in haeredes rei condemnati; *l. miles* 6. *§. fin. ff. de re judic.* Reo autem absoluto per sententiam datur *exceptio rei judicatae* contra actorem, ejusque haeredem, vel alium ejus nomine agentem; *l. rei judicatae* 4. *ff. de exc. rei judic.* Debent enim arma actoris et rei esse paria. Igitur sicut in reum condemnatum, si non satisfaciat sententia, petitor actionem habet, ita ex diverso, si actor finitam litem restaurare voluerit de eadem re adversus eandem personam in eadem causa, tunc reo competit exceptio rei judicatae.

90

3. Sententia definitiva quandoque irrogat infamiam reo condemnato: quod fit 1. in omnibus judiciis, et delictis publicis, ut siquis condemnetur de adulterio, veneficio etc. 2. In nonnullis privatis, quorum quatuor recensentur *§. ex quibusdam* 2. *inst. de paen. temer. litig.* videlicet furtum, rapina, injuria, dolus. Proceditque hoc, etsi de injuria agatur solum civiliter, et ipsa injuria irrogata sit parva; quia jura simpliciter dicunt, quod damnatus actione injuriarum fiat infamis; *cap. cum te* 23. junct. glos. *ibid: V. infamia h. t.* 3. In quatuor contractibus, deposito, mandato, tutela, et societate, si depositarius dolo rem destruxit, si tutor dolose versatus est in bonis sui pupilli etc. *l. praetoris* 1. *ff. de his, qui notant. infam.* idque i-

deo in contractibus singulariter constitutum est, quia talis fallit alterum sub specie amicitiae, et duas res amicissimas fidem pariter, et amicitiam laedit. Evitatur infamia haec, si conventus actione famosa procuratorem constituat, qui eum defendat in judicio; nam etsi postea condemnetur, tamen nec ipse, nec procurator notatur infamia: et idem est de tutore, curatore, haerede; *l. furti* 6. §. *siquis alieno* 2. *ff. eod Excipitur*, si causa sit criminalis; nam in judicio criminali ordinarie non admittitur procurator, vel si admittitur sententia condemnatoria concipitur contra eum, qui procuratorem misit; *l. fin. C. de injur.* glossa *in l. furti cit. V. procurator* Laym. *in c.* 23. *h. t. n.* 4.

91

4. Si rescriptum a papa impetratum est contra sententiam prius ab eo latam, in quo illius non fit mentio, ipsum, et collatio beneficii per illud facta invalida est, prout sumitur ex *cap. cum olim* 12. *h. t.* et notat *ibid.* Abb. *n.* 13. Viv. *in ration.* Gonz. *n.* 7. Barbos. *n.* 1. *et seq.* Laym. *n.* 3. Pirh. *n.* 91. *et seq.* San. *c.* 4. *h.* 3. Ratio est, quia papa concedens gratiam posteriorem, nunquam praesumitur velle praejudicare gratiae prius concessae, eamque revocare; sed potius praesumitur circumventus ab impetrante, et quod ob multitudinem negotiorum non potuerit recordari sententiae a se prius latae. Estque haec praesumptio juris, et de jure, ita, ut probatio in contrarium non admittatur, ut notat Innoc. *in c. cit. V. circumventus* Host. *V. eod.* Pirh. *n.* 93. Et locum habet, etiamsi rescriptum gratiae datum sit motu proprio; quia motus proprius non confirmat gratiam contra praesumptam intentionem concedentis, ut tradit Abb. *loc. cit. n.* 5. Laym. *n.* 3. praesertim si posterior concessio tendat in praejudicium alterius. Idem dicendum notat Barb. *l. cit. n.* 2. de revocatione sententiae interlocutoriae, factae ab alio inferiore judice; nam etsi judex, ut *n* 36. dictum est, interlocutoriam suam revocare possit, in dubio tamen, si proferat secundam sententiam contrariam primae, et hujus mentionem non faciat, non censetur primam revocare, sed magis oblivio praesumitur, quam revocatio.

92

5. Sententia definitiva rite ac juste lata a superiore confirmanda est, si id petatur: Host. *in sum. hic n.* 7. Viv. *in cap. ea quae* 4. *eod. in ration.* Barbosa *ibid. n.* 1. Pirh. *hic n.* 87. et sumitur ex *cap. cit.* Excipitur, si iniqua sententia esset; tunc enim judex appellationis non confirmare, sed retractare eandem debet. Oportet tamen injustitiam sententiae esse certam; nam si dubia sit, neque in judicio posteriore appellationis afferantur probationes, quae dubium tollant, praesumptio est pro priore sententia; quia semper pro hac

standum est, donec de ejus injustitia constet; glos. *fin. in c. causam* 14. *in fin.* Pirh. *hic n.* 89. *et seq.*

§. V.

De executione sententiae.

SUMMARIUM

Postquam sententia transiit in rem judicatam, fieri debet ejusdem executio; quae ultima illius, et usque adeo necessaria perfectio est, ut sicut leges, executione destitutae, nihil in rep. utilitatis, ita et sententia lata vires ullas non habeat, si executione sit destituta.

93

Quaeritur 1. quid sit *executio*, et in quibus sententiis sit necessaria? Resp. *Executio* describi potest, quod sit *actus judicialis, quo vere, et naturaliter victori praestatur, quod per sententiam obtentum est*; R. P. Schmier *process. cap.* 16. *n.* 156. Dixi 1. *actus judicialis*; quia ad strepitum judicialis processus pertinet, cujus est complementum. Dixi 2. *quo vere, et nataraliter praestatur victori;* quia per hoc executio in actum redigitur, quod citra fictionem juris res adjudicata in se, et natura sua, non in aequivalenti tradatur. Dixi 3. *quod per sententiam obtentum est*: quo innuitur discrimen inter sententiam, et executionem; per illam enim res victori verbis, et ore tantum adducitur; at in executione ipso facto praestatur.

Quoad necessitatem illius distinguendum est inter sententiam condemnatoriam, et absolutoriam; nam in priore opus executione est, non in posteriore, quoad rem principaliter petitam, et in judicium deductam: et ratio est; quia reus absolutus id, super quo contendebat in judicio, jam habet, et adversus actoris impetitionem imposterum exceptione rei judicatae satis defenditur, ut proinde judicis facto non sit opus. *Excipitur*, quando reus non tantum in judicio absolutus, sed simul actor in expensis condemnatus est; quoad has enim etiam opus executione habet: vide Gaill. *l.* 1. *obs.* 11. *n.* 18.

94

Quaeritur 2. a quo fieri executio debeat? Resp. Non potest fieri ab ipso victore, sed debet fieri a judice, qui sententiam tulit, si quidem ordinarius sit.

Dixi 1. *quod non possit fieri a victore* per *l. miles* 6. §. *qui judicati* 2. *ff. de re judic.* ubi is, qui sententiae executionem propria authoritate attentat *actione furti et vi bonorum raptorum tenetur.* Ratio prohibitionis justissima fuit, quia periculum est, ne si pars victrix rem adjudicatam propria authoritate sibi vindicaret, pars victa ei resistat, sicque ad manus, rixas, et digladationes veniatur.

Dixi 2. *quod debeat fieri a judice*, *qui sententiam tulit;* quibus enim causae cognitio a lege, sive jure commissa est, ut judicibus ordinariis, qui a lege sunt constituti, his executionem commissam esse censeri debet, cum jurisdictio sine aliqua coercitione nulla sit; *l. fin. ff. de offic. ejus*, *cui mandat. est jurisd. Neque obstat*, quod post pronuntiationem sententiae cesset officium judicis; nam solum mercenarium ejus officium cessat, quod actioni deservit, nobile autem permanet, neque eo judex unquam defungi potest, ut notat Mynsing. *inst. de offic. judic. ad rubr. n.* 6.

95

Dixi 3. *siquidem sit ordinarius;* nam in delegatis aliqui distinguunt inter delegatum a papa, principe, vel alio magistratu supremo, et inter delegatum a magistratu, et judice inferiore. *Priori* affirmant executionem sententiae a se latae competere; de *posterioribus* negant, secluso speciali mandato. Ego *lib.* 1. *tit.* 29. *n.* 37. sensi cum affirmantibus, quorum sententiam non leviter confirmat textus *cap. praeterea* 5. *de offic. deleg.* ubi indefinite pronuntiatur, eum, *cui causa committitur*, *super omnibus*, *quae ad causam ipsam spectare noscuntur*, *plenariam recipere potestatem.*

Aliud est de arbitris compromissariis, qui a partibus eliguntur, et de arbitris juris, qui a judice ordinario cum partium consensu constituuntur; nam hi solum dati censentur ad pronuntiandum; adeoque pronuntiatione facta, extinguitur illorum officium; et hinc exe-

cutio eo casu fieri debet ab ordinario judice, ut dictum est *lib.* 1. *tit.* 43. *n.* 42. et colligitur ex *l. a divo Pio* 15. *princ. ff. de re judic.* ubi *judicum a se datorum, vel arbitrorum sententiam exequi* jubentur *magistratus* ordinarii, *qui eos dederunt.*

96

Quaeritur 3. quis exequi sententiam debeat, quando est appellatum? Resp. distinguendo: vel enim sententia in prima instantia lata reformatur, quod male judicatum, bene appellatum sit, vel contra eadem sententia per judicem appellationis confirmatur.

Si primum, vix est, qui inficias eat, eo casu executionem sententiae in secunda instantia latae, qua prima reformatur, pertinere ad judicem appellationis; Durand. *specul. tit. de execut. sent.* §. 2. *n.* 10. Berlich. *pract. concl.* 79. *n.* 7. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tract.* 5. *n.* 534. Vviest. *hic n.* 123.

Si secundum, communis, et probata sententia distinguit inter casum, quo sententia primae instantiae solum confirmatur tacite et ipso facto, pronuntiando sc. fatalia esse lapsa, aut appellationem desertam; et inter casum, quo judex appellationis, meritis causae excussis, male appellatum, et a judice, qui sententiam tulit, bene judicatum, expresse pronuntiat.

97

Si prius, executionem judici a quo competere, haud gravate concedunt DD. hoc ipso enim, quod judex *ad quem* pronuntiet, appellationem desertam, aut fatalia praeterlapsa esse, per consequens fatetur, jurisdictionem, a qua potestas exequendi dependet, non ad se devolutam, sed penes judicem *a quo* remansisse, non secus, acsi appellatum non esset; *l. fin.* §. *illud* 4. *C. de tempor. appell.*

Si posterius, judex *ad quem* sententiam suam confirmatoriam exequi ipse potest; *l. praecipimus* 32. §. *illud* 2. *C. de appellat. et auth. siquis cod. de episc. audient.* Marant. *de ordin. judic part.* 6. *act.* 3. *n.* 7. Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 94. *n.* 2. Farin. *prax. q.* 34. *n.* 115. Hiltrop. *p.* 4. *tit.* 18. *de execut. sent. n.* 46. Berlich. *loc. cit. n.* 8. Brunnem. *in l. praecipimus cit. n.* 4. Haun. *tr.* 5. *cit. n.* 537. P. Vviest. *hic n.* 124. P. Schm. *process. cap.* 16. *n.* 165. Ratio est, quia per appellationem, ejus susceptionem, et decisionem jurisdictio judicis *a quo* suspenditur, et ad judicem *ad quem* devolvitur, ut proinde exequendi facultas non illi, sed huic competat.

98

Quaeritur 4. quando executioni mandanda sit sententia lata? Resp. distinctionem faciendam inter causas, et actiones criminales, et civiles, et inter has, an personales sint, an vero reales; nam 1. *in causis, et actionibus criminalibus*, si reus sit condemnatus

ad poenam, saltem corporalem, executio statim fieri potest, neque necesse est, ut lapsus decendii, quod jure communi ad appellandum concessum est, expectetur; *l. cum reis* 18. *C. de poenis*, et docet Bartol. *in l. qui ultimo* 26. *n.* 7. *ff. eod.* Laym. *in cap. quaerenti* 26. *de offic. deleg. n.* 2. Gonzal. *in c.* 15. *hoc tit. n.* 12. *in fin.* Vvagn. *in c.* 2. *eod. not.* 2. Vviest. *hic n.* 127.

2. *In actionibus realibus* executioni mandari sententia debet, quamprimum illa transierit in rem judicatam, sc. post decendium; §. *etsi in rem* 2. *de offic. judic. et l. qui restituere* 68. *ff. de R. V.* Ratio est, quia dum titulus, et bona fides possessoris est resoluta, jus nullum suppetit, quo rem ulterius retinere, vel possidere, aut fructus ex ea colligere valeat. Neque sufficit dare pignus, etiam quod sit multo majoris valoris quam sit res, vel possessio adjudicata, sed condemnatus debet compelli ad rem ipsam petitori reddendam; *c. cum aliquibus* 6. *hoc tit.* et notat *ibidem* Barbosa cum aliis; idque merito, quia dans pignora non intelligitur solvere; nec invito alicui aliud, quantumcumqne in se utilius praestari pro alio potest. *Excipitur* si possessor statim restituere nequeat; tunc enim assignabitur ipsi terminus, intra quem restituere debeat, ita tamen, ut interim sufficienter caveat per fidejussores, vel pignora de restituenda re, vel ejus aestimatione; §. *si ad exhibendam* 3. *inst. de offic. judic.* Gloss. *in c. quaerenti* 26. *de offic. deleg. V. quadrimestre*, Laym. *ibid. n.* 2. Perez *C. de usur. rei judic.* Pirh. *n.* 101. Vviest. *n.* 125.

99

3. In actionibus, et debitis personalibus tempus a jure definitum est quadrimestre, quod condemnato ad solvendum conceditur; *c. quod ad consultationem* 15. *h. tit. c. quaerenti* 26. *de offic. deleg. l. eos qui* 2. *et l. sancimus* 3. *princ. C. de usurp. rei judic.* Laym. *in c.* 6. *hoc tit. n.* 2. *et in c.* 15. *eod. n.* 4. Pax Jordan. *l.* 14. *tit.* 25. *n.* 285. Sannig *n.* 4. *hic n.* 7. Vviest. *n.* 126. Ratio est, quia non semper ad manum est pecunia, sicut res in judicio petita: et ideo non tam cito pecunia, quam res petita praestari potest. Numeratur hoc tempus a die latae sententiae, vel si ab ea appellatum sit, a die confirmationis prioris sententiae; *l. eos. qui cit.* Potest tamen judex hoc tempus abbreviare, vel extendere; *cap. quod ad consultationem cit.* junct. gloss. *V. arctari*, sed abbreviare non debet sine justa causa, quia *indultum a jure beneficium non est alicui auferendum*, ut dicitur *reg.* 17. *in* 6.

Addidi, *quod condemnato ad solvendum conceditur*; nam si victus in actione personali non ad solutionem debiti, seu quantitatis, sed ad praestationem speciei est condemnatus, e. g. ut rem

emptam, donatam etc. tradat, intervallum quatuor mensium non conceditur, ut cum Brunnem. *proc. c.* 29. *n.* 7. advertit. R. P. Schmier *proc. c.* 16. *n.* 186. Imo etiam quando condemnatus est ad solutionem debiti terminus condemnato nullus concedendus est pro solutione in triplici casu. 1. Si conventus sit ex maleficio. 2. Si pecuniam in continenti paratam condemnatus habeat. 3. Si periculum in mora sit; *l. debitoribus* 31. *ff. de re jud.*

100

Quaeritur 5. in quem, et in cujus bona executio fieri debeat? Resp. decernitur in personam, aut res illius, qui per sententiam victus est, si non alieno, sed proprio nomine litigavit; *l. si se* 3. *ff. de re judic.*

Hinc executionem in propriis bonis non formidant. 1. *procurator*, *aut defensor*, nisi vel liti se obtulerit, vel procurator in rem suam extiterit; *l. si se cit.* Brunem. *proc. c.* 29. *n.* 26. 2. *Tutor*, *et curator*, utpote qui non spontanea voluntate, sed officii necessitate litem in commodum pupilli, vel minoris subeunt; *l. si se cit.* §. *tutor* 1. *et ibi* Brunem. *n.* 2. 3. *Syndicus*; cum enim iste pro universitate ex officio litiget, executio contra universitatem decernitur; *l. si se cit.* §. *actor* 2. et ibi Brunem. *n.* 3.

101

Contra actione judicati conveniri potest 1. *hæres*; quia hic universaliter in jura activa, et passiva defuncti succedit; Ummius *ad process. D.* 23. *th.* 1. *n.* 8. et patet ex *l. ex contractu* 44. *ff. de re judic.* 2 *Fidejussor*, si satisdedit de judicato solvendo; Brunem. *in l. fin. C. de usur. rei judic. n.* 8. Ummius *loc. cit. n.* 9. Rosb. *prax. civil. tit.* 39. *n.* 11. P. Schm. *c.* 16. *cit. n.* 175. 3. *Emptor rei litigiosae*; nam condemnato principali, executio in emptorem, in quem pendente lite res litigiosa alienata est, etiam processu novo non instituto, fieri potest, ut aliis *cit.* notat Gail. *l.* 1. *obs.* 118. *n.* 2. et rationem dat, quia alienatio rei litigiosae est ipso jure prohibita, et iniquum foret tali casu actorem diversis fatigari judiciis. Proceditque hoc, ut idem Gail. *loc. cit.* aliis allegatis notat, etiam contra eum qui ignoranter rem litigiosam accepit; nam etsi ignorantia excuset a culpa, vitium tamen litigiosi non tollit.

102

Quaeritur 6. in quibus rebus fieri executio debeat? Resp. Fieri debet in ea re, ad quam tradendam, vel restituendam condemnatus est; *c. cum aliquibus* 6. *h. t.* quia facienda est secundum judicis condemnationem; *l. si se* 4. §. *ait praetor* 3. *ff. de re jud.* Neque enim aequitati, vel juri convenit, ut aliud pro alio creditori invito solvatur; *l. mutuum* 2. §. *mutui* 1. *ff. de reb. credit.* Unde si certa

species, e. g. fundus, equus, annulus etc. sit petita, et adjudicata, neque reus, ut aliud solvat, neque actor, ut aliud accipiat, compelli potest.

Excipitur, si res in condemnationem deducta non amplius extet vel tradi non possit, tum enim reddere condemnatus victori debet aestimationem illius. Quodsi vero nec istam reus actori reddere potest ob defectum pecuniae, aut vult ob contumaciam, executio fiet in cetera ejus bona, ita tamen, ut quantum fieri potest, ad eam procedatur cum minori ejusdem damno.

103

Et hinc 1. res ejus mobiles, seque moventes oppignorandae, vel distrahendae, aut si emptor non inveniatur, creditori pro quantitate debiti adjudicandae; *l. a Divo Pio* 15. *§. in venditore* 2. *ff. de re judic.* quod mobilium, seque moventium plerumque facilior, minusque damnosa sit distractio, quam immobilium. *Excipiuntur* vestes lectisternia, instrumenta agriculturae, vel artificii, libri studiosorum etc. haec enim non auferenda aequitas suadet, quamdiu ex rebus aliis victori consuli potest; Rosbac. *prax. civ. t.* 20. *n.* 11. Struv. *exercit.* 44. *th.* 18. Engl. *hic n.* 28. Schm. *proc. c.* 16. *n.* 180.

2. Si res mobiles non sufficiant, deveniendum est ad immobilia; *§. in venditione cit.* et primo quidem ad minus pretiosa, tum vero, si istorum pretium excedat quantitas debiti, ad magis pretiosa; Vviest. *hic n.* 130. Ubi duo sunt advertenda. *Primum* est, ad res pretiosiores non statim deveniendum esse, sed considerandam debiti quantitatem; iniquum etenim foret pro modico debito hujusmodi res pretiosas debitoris distrahi cum gravi damno debitoris; Haun *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 583. *Alterum ex* plurium sententia executionem fieri non posse in bonis feudalibus, emphyteuticariis, fideicommissariis, et similibus; quia sicut alienari, ita victori solutionis loco cedi, vel addici non possunt; Ummius *th.* 2. *cit. n.* 15.

3. Si res etiam immobiles, vel nullae vel ad debiti omnimodam extinctionem sufficientes non sint, pervenitur ad jura, chirographa, et instrumenta obligationum; vel denuntiatur debitori debitoris, ne huic solvat; *arg. l. nomen* 4. *C. quae res pign. oblig. pos.*

4. Denique si reus nihil penitus in bonis habeat, aut non tantum, quantum exigeret quantitas debiti, procedet tritum illud: *Qui non habet in aere, luat in cute*, ut sc. addicendo operas suas creditori earumdem impendio obligationem expungat.

104

Quaeritur 7. an, cui commissa est executio, possit admittere exceptiones oppositas contra executionem sententiae, et de iis cognoscere? Resp. distinguendum inter executorem merum, et mixtum.

Merus est, cui nulla cognitio, sed sola executio causae jam plene cognitae, et decisae committitur. *Mixtus* est, cui non mera executio, sed etiam cognitio de facienda executione committitur.

Posterior admittere potest executiones, quae solum tendunt ad impediendam, aut retardandam executionem, et de his pronuntiare; at de executionibus, quae merita causae concernunt, vel directe impugnant sententiam, etsi summarie executor possit cognoscere, ut si frivolas esse cognoverit, illas rejiciat, si tamen ratione nixas repererit, plenam de illis cognitionem remittere debet ad superiorem, et interim executione sententiae supersedere, ut colligitur ex *l. si praetor* 75. *ff. de judic.* Ratio est, quia alias judex inferior posset rescindere sententiam superioris, quod est absurdum; Bartol. *in loc. cit. n.* 9. Gail. *l.* 1. *obs.* 113. *n.* 8. Laym. *in c.* 5. *h. t. n.* 1. *Excipitur*, si sententia arbitri, aut delegati sui sit executioni danda ab ipso judice ordinario; nam hoc casu, et quotiescumqne alias ad ipsum recurritur pro executione, tanquam ad eum, qui majorem, aut superiorem jurisdictionem habet, cognoscere potest de exceptionibus, etiam, ut negotium definiat, et sententiam, si nullam illam repererit, rescindat per modum restitutionis in integrum, ut aliis *cit.* advertit Laym. *loc. cit. n.* 3.

105

Prioris generis executor, *seu merus* nullas exceptiones potest admittere, nec de illis cognoscere; *l. si ut proponis* 6. *et l. executorem* 8. *C. de execut. rei judic.* glos. *fin. in cap.* 5. *h. t.* Felin. *ibid. n.* 4. Barb. *n.* 1. *et seq.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 113. *n.* 7. Pirh. *hic n.* 108. Ratio est, quia iste videtur se habere, ut merus minister, et nuntius, cui sola facti executio demandata est. Idque procedit, tametsi executor sententiam a judice latam sciat esse injustam; nam postea quam illa in rem judicatam abiit, exequi eam debet, cum jus inter partes ortum sit, ut constat ex *cap. pastoralis* 28. §. *quia vero de offic. deleg.* et notat Abb. *in c.* 5. *cit. n.* 4. *in fin.* Laym. *n.* 4. *cit.* cum reliquis supra.

Plures tamen faciendae sunt exceptiones, in quibus executor merus exequi non tenetur sententiam, quam ipse scit injustam esse. Et talis est 1. si lata sit in causa criminali, in qua agitur de occisione, vel mutilatione innocentis; quia occidere innocentem est intrinsece malum, adeoque nec executori permissum; Abb. *in c.* 5. *cit. n.* 5. Laym. *n.* 3. *ibid.* Pirh. *hic n.* 109. 2. si lata sit in causa civili quidem, sed nulliter, et hoc sit certum; quia tunc non transiit in rem judicatam; et cons. executioni dari non potest; *l. si se* 4. §. *condemnatum* 6. *ff. de re judic.* Abb. *n.* 5. *cit.* Laym. *n.* 6. Barb.

n. 7. Pirh. *n.* 109. 3. si sit injusta quidem, sed tamen valida : ubi tamen non omnino conveniunt DD.

106

Nam gloss. *in c. pastoralis cit.* §. *quia vero V. et si sciat*, Abb. *ibid. n.* 5. Laym. *prope finem* universaliter docent, eo casu executorem merum, si onus impositum declinare non possit, nec etiam tanquam gravatus ad superiorem facile appellare, exequi sententiam talem posse. *Rationem* dant, quia veluti jure debitum est, ut sententia, quae in rem judicatam transiit , executioni detur ; et condemnatus aliud habeat remedium, agendo videlicet contra judicem ad resarciendum damnum illatum.

Ego cum Pirh. *n.* 109. *cit.* utor distinctione inter sententiam , quae materialiter solum, et inter eam, quae formaliter injusta est . *Si materialiter solum injusta sit*, eo quod judex eam ferendo secundum allegata, et probata processerit, tunc executor, saltem in causa civili, sententiam ejusmodi, nisi facile errorem demonstrare possit , recte, ac licite exequitur, imo debet exequi, si superior praecipiat. Ratio est, quia tam judex, quam executor, tanquam personae publicae operari debent secundum scientiam publicam; cum ergo scientia, quam habet inferior, sit mere privata, non excusat, quo minus obedire debeat in publico ministerio superiori praecipienti.

At si sententia lata sit formaliter injusta, quia judex non processit secundum allegata, et probata, sed ex imperitia, vel dolo ita judicavit, tunc executor, si hoc eidem certum sit, nec debet, nec potest talem sententiam exequi; quia tunc cessat praesumptio pro justitia sententiae ; neque tali casu executor parens sententiae excusari posset a cooperatione injusta.

107

Quaeritur 8. an tertius interveniens pro suo interesse possit impedire executionem sententiae inter alios latae? Resp. distinguendo , an tertius ille extra tempus legitimum appellarit a sententia, vel non. *Si primum*, executio sententiae impeditur, donec etiam hujus causa , qui ob interesse suum appellavit, cognita sit, et decisa; *c. cum super* 17. *h. tit.* Laym. *ibid. n.* 1. *et* 4. Gonz. *n.* 6. *et seq.* Barbosa *n.* 5. Pirh. *hic n.* 112. Ratio datur *cap. cit.* quia res inter alios acta regulariter aliis nocere non debet.

Si secundum, et tertius ille intra 10. dies non appellavit ; vel postquam appellavit, rationabilem causam appellandi nequivit ostendere, attendendum est , an sciverit , vel ignoraverit causam agi, et sententiam latam esse.

Si ignoravit, sententia executioni danda non est, nec praejudicat tertio; quia ob ignorantiam, etiamsi non appellarit a sententia, quam ignoravit latam esse, potest impedire ejus executionem.

Si verò scivit, executio sententiae fieri debet, ita tamen, ut integrum ipsi sit causam suam deducere in judicium, si velit, ut colligitur ex *cap. cum super cit.* et notat gloss. *ibid. V. non noceat*; Joan. Andr. *n.* 11. Imol. *n.* 2. Laym. *n.* 5. Barb. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 112. Ratio est, quia sibi imputare debet, quod sciens permiserit causam agi, sententiam ferri, et in rem judicatam transire.

108

Quaeritur 9. an is, contra quem in aliqua causa tres sententiae conformes sunt latae, admitti debeat ad agendum de nullitate ipsarum, vel alicujus ex illis, antequam sententiae hujusmodi plene fuerint executioni mandatae? Resp. negative; sed prius executio fieri debet, post quam integrum erit condemnato agere de nullitate sententiarum. Constat ex *Clem.* 1. *hoc tit.* et docet *ibid.* Vivian. *in ration.* Barb. *n.* 1. Vvagn. *in summ.* Pirh. *hic n.* 114. Ratio est, ut, quemadmodum *Clem. cit. princ.* dicitur, occurratur calumniis litigantium; cum enim illi, contra quos tres sententiae conformes sunt latae, non possint tertio appellare, saepe dicerent, sententias latas nullas esse, ut lites protraherent in infinitum, et impedirent earum executionem: sicque per viam nullitatis obtinerent, quod negatur per viam appellationis.

109

Estque hoc verum etiam 1. in causa criminali; nam etiam in hac executio fieri debet, antequam agatur de nullitate sententiarum, si tamen lata sit in causa criminali, in qua executio retractari possit, ut si reus condemnatus sit ad poenam pecuniariam; alias prius agi de nullitate debet, quam fiat executio, utpote cum post executionem frustra ageretur ad nullitatem; Pirh. *n.* 115. *hic. Extenditur* 2. etiamsi tres illae sententiae fuissent interlocutariae tantum, modo latae sint super iisdem articulis; Vvagn. *in Clem.* 1. *cit. in exeges.* Pirh. *hic n.* 115. *et* 116. quia in *Clem. cit.* inter definitivam, et interlocutoriam non distinguitur. *Extenditur* 3. etiam ad causas pendentes per appellationem; nam etiam appellatione pendente, fit executio, quamvis ista, si a judice appellationis pronuntietur bene esse appellatum, executio sententiae revocetur; Pirh. *n.* 116. *cit.*

Addenda tamen his ampliationibus est triplex limitatio. 1. si tertius opponat pro interesse suo de nullitate sententiae, et executionem trium sententiarum conformium velit impedire. 2. si victor est passus, ut per victum probetur nullitas. 3. si nullitas sententiae sit notoria.

§. VI.

De poena judicis male judicantis, et partium temere litigantium.

SUMMARIUM

110

Quaeritur 1. quae sit poena judicis male judicantis? Resp. Distinguendum hic esse, an male judicarit dolo, et malitia sua, an vero per imprudentiam, aut imperitiam, putans se recte judicare.

Si primum, multum interest, an male judicarit ad id inductus gratia, timore, odio, an vero male judicarit ad id faciendum corruptus pecunia. *Si priori modo id fecit*, tenetur ex delicto in solidum ad litis aestimationem, i. e. quantum interest partis injuste contra ipsam judicatum fuisse; *l. filiusfam.* juncta gloss. *fin. ff. de judic. l. fin. et ibid.* gloss. *V. aestimationis C. de poen. judic. qui mal. judic.* Barb. *in l. filiusf. cit. a n.* 47. Laym. *in c. h. tit. n.* 4. Canis. *in summ. ibid.* §. 5. Vvies. *hic n.* 66. et alii apud istos. *Si posteriori modo*, et pecunia corruptus male judicavit, attendendum, an istud fecerit in causa pecuniaria, an vero in criminali; nam *si in pecuniaria*, ultra omne litis damnum restituendum parti laesae ejus, quod datum est, triplum, et duplum ejus, quod promissum est, reddet, et dignitatem amittet. *Si vero in causa criminali*, confiscatis omnibus bonis, in exilium mittendus est; *Auth. novo jure C. de*

poen. judic. qui mal. judic. et novell. 124. *cap.* Menoch. *de arbitr. cas.* 342. *a n.* 15. Brunnem *in auth. cit. n.* 5. *et duob. seq.*

111

Si secundum contingat, et judex male judicavit per imprudentiam, aut imperitiam, obligatur ex quasi delicto, et ad litis aestimationem, seu damnum, et interesse partis condemnatur, non quidem in solidum et absolute, sed quantum, considerata culpa, aequum visum fuerit religioni ejus, qui ea de causa pronuntiavit; *princ. inst. de obligat. quae ex quas. delict. l. siquis* 5. §. *si judex* 4. *ff. de O. et A. et l. fin. ff. de var. et extraord. cognit.* Menoch. *de arbitr. cas.* 341. *n.* 2. *et* 3. Laym. *in cap. fin. cit. n.* 6. Canis. §. 5. *cit.* Pirh. *hic n.* 117. Vviest. *n.* 65. et passim DD. *Excipitur*, nisi imprudentia, et imperitia sit ex culpa lata; cum enim haec acquiparetur dolo, et dolus praesumptus nuncupetur: ideo per eam male judicans in solidum obligabitur; Decius *in lib.* 1. §. 1. *V. haec autem ff. quod quisque jur. n.* 3. Clar. §. *fin. q.* 83. *n.* 2. Menoch. *de arbitr. cas.* 339. *n.* 5. Gaill. *lib.* 1. *obs.* 153. *n.* 4. Vvies. *hic n.* 65. *cit.*

Porro ab hac poena judex, qui dolo, vel imperitia male judicavit, non liberatur, sive ab ejusmodi sententia injusta sit appellatum statuto tempore, sive non; imo etiamsi appellationi renuntiatum sit, cum sententia iniqua quoad judicem nunquam transeat in rem judicatam, ut pluribus *cit.* advertit Gaill. *lib.* 1. *obs.* 153. *n.* 2.

112

Quaeritur 2. quae sit poena judicis male judicantis de jure canonico? Resp. Jure canonico, si judex ecclesiasticus, ordinarius, vel delegatus, contra propriam conscientiam, et justitiam, in gravamen alterius partis, favore, vel per sordes aliquid egerit, ad aestimationem litis parti, quam laeserit, condemnatur (in quo convenit cum jure civili) et insuper per annum ab officii executione suspenditur; si vero durante hac suspensione se officiis divinis ingesserit, irregularitatem contrahit, a qua non nisi per summum pont. liberari potest. Ita statuitur *cap. cum aeterni* 1. *h. tit. in* 6. et notat *ibidem* Vivian. *in ration.* Laym. *in paraphr.* Vvagn. *in summ. ibid.* Barb. *n.* 1. *et seq.* Canis. *summ. hic* §. 6. Pirh. *n.* 118. Vviest. *n.* 67.

Ut poena haec incurratur, vi constitutionis *cit.* plura requiruntur. Et 1. quidem, ut contra justitiam, seu injuste judicet, idque non solum materialiter, sed formaliter, seu contra conscientiam suam; nam si ex inconsideratione, vel ignorantia hoc faceret judicans se juste judicare, non incurrit hanc suspensionem; Franc. *in cap.* 1. *cit. n.* 5. Barb. *n.* 16. Vviest. *n.* 67. 2. ut ita judicando partem litigantem gravet in judicio; nam si gravaret scribam dumtaxat, vel

nuntium juratum, aut aliam personam in judicio intervenientem sine gravamine partis, iterum non esset locus dictae suspensioni secundum Joan. Andr. et alios. 3. ut ad ita judicandum motus sit favore alterius partis, vel ejus timore, aut odio; vel per sordes, h. e. largitione pecuniae; nam hoc *cap.* 1. *cit.* expresse requiritur. 4. ut gravet faciendo, seu committendo; secus, si omittendo, vel negligendo: tunc enim rursus poenam istam non incurreret judex; quia constitutio *cit.* poenalis est, cons. extendi non debet. 5. ut sit judex ordinarius, vel delegatus inferior episcopo. Unde

Ex defectu hujus ultimi requisiti hanc poenam non incurrunt, 1. Episcopi; quia jure cautum est *cap. quia periculosum* 4. *de sent. excomm. in* 6. quod episcopi non incurrant poenam suspensionis, et interdicti, nisi de illis expressa fiat mentio. 2. Arbitri compromissarii; quia non sunt judices ordinarii, vel delegati; aliud dicendum de arbitris juris, qui in locum judicum succedunt. 3. Auditor, et merus executor ob similem rationem. 4. Judices saeculares; quia hos poena *c. cit.* decreta, sc. suspensionis, ligare non potest. Videtur gloss. *in c. cit. V. in judicio*, *et V. ecclesiastici*, Laym. *ibid. loc. cit.* Bart. *n.* 14. Vvagn. *in exeges.* Pirh. *n.* 119. Vviest. *n.* 87.

113

Quaeritur 3. quibus poenis coerceatur temerarius litigator? Resp. *princ. inst. de poen. tem. litig.* Poena, qua coercetur, est triplex, juramentum calumniae, mulcta pecuniaria, et infamia. De juramento calumniae jam satis dictum est *tit.* 7.

Poena pecuniaria, qua coerceri potest, et debet, est duplex, specialis, et generalis. Specialis locum habet in certis judiciis, ubi lis inficiendo crescit in duplum, ut in actione legis aquiliae, actione depositi miserabilis: haec tamen moribus hodiernis non amplius obtinet. Generalis est condemnatio in expensas, et damna, praeeunte taxatione, et moderatione judicis, et haec fieri potest in causis tam civilibus, quam criminalibus, saltem quando per modum accusationis, aut denuntiationis proceditur.

Infamia non incurritur ex omni judicio, sed tantum in judiciis famosis, et turpibus: qualia sunt actiones ex maleficio omnes, excepta legis Aquiliae; ex contractibus autem venientes quatuor duntaxat, tutelae, mandati, depositi, et pro socio; §. *ex quibusdam* 2. *inst. de poen. tem. litig.* Ut vero his actibus quis reddatur infamis, tria conjunctim requiruntur: 1. ut judex competens, et ordinarius sententiam tulerit: 2. ut condemnatus sit ex proprio facto, et suo nomine: 3. ut sententia ipsa transierit in rem judicatam. De quo latius Harprecht *in* §. *ex quibusdam cit. n.* 1. *et seqq.* et alii legistae, quorum accuratiori examini res ista a canonistis relinquitur.

114

Quaeritur 4. in quas expensas temerarius litigator victori sit condemnandus? Resp. distinguendo inter expensas voluntarias, et necessarias, sive, ut etiam vocautur, delicatas. *Delicatae*, *et voluntariae* sunt, quae in litem, causa non exigente, fiunt, uti sunt sumptus in itinere justo majores, liberales donationes, victoriae obtinendae spe in ipso principio litis collatae in advocatos, salaria annua pro litis progressu iisdem constituta etc. *Necessariae*, seu, ut alii appellant, *legitimae*, *et moderotae expensae* sunt, sine quibus juxta curiarum morem lis commode expediri non potest; tales sunt, quae fiunt in justa, et a lege, vel consuetudine approbata advocatorum salaria, in iter, et alimenta testium, in sportulas judicum, apparitorum etc.

Ex his *priores* ab illomet, qui hujusmodi expensas fecit, ferendae sunt, cum adversarius illarum causa non censeatur; Gaill. *lib.* 1. *obs.* 151. *n.* 11. Berlich. *p.* 1. *pract. concl.* 78. *num.* 48. Haun. *tom.* 5. *de J. et J. tr.* 5. *n.* 172. Card. de Luca *de judic. disc.* 38. *n.* 17. Vviest. *hic n.* 133. Schmier *process. cap.* 16. *n.* 31. *Posteriores* a victo victori refundendas, atque in eas illum huic condemnandum, regulae instar desumitur ex diversis juris utriusque textibus, canonici quidem; *c. finem litibus* 5. *de dol. et contum. et cap. calumniam* 4. *de poenis;* civilis vero §. *ecce enim* 1. *in fin. inst. de poen. tem. litig. l. eum quem* 79. *princ. ff. de judic. l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *cod. eod.* Ratio est, quia victus temere movendo litem, aut sibi motam temere subeundo immediata, et finalis causa est, propter quam victor expensas in litem fecit; igitur aequum omnino, justumque est, ut eas resarciat; *arg. c. fin. de injur. et damn. dat.*

115

Quaeritur 5. quis intelligatur per temerarium litigatorem, ut in expensas sit condemnandus? Resp. per temerarium litigatorem hic intelligi illum, qui imprudenter, et inconsulto, h. e. non adhibita debita diligentia, sine praevio causae examine, consilioque adversario litem movit, aut sibi motam suscepit; Abb. *in c.* 5. *de dol. n.* 21. Menoch. *de arbitr. cas.* 154. *n.* 29. Barb. *in l. eum quem cit. a n.* 3. Vviest. *hic n.* 134. Pro tali haberi, et propterea in expensas condemnari, eodem Barbosa teste *n.* 10. *et seqq.* solet, qui oblatum libellum mutavit; qui petitorio, quod intentarat, suspenso ad possessorium transiit; qui personam, cui reverentia debetur, sine venia, et jussu praetoris in jus vocavit etc.

Porro ut condemnationem facere in expensas judex possit, requiritur 1. ut victor prius expensas, quas ab adversario suo repe-

tit, fecerit liquidas, easque probarit; non enim in plus condemnandus est, quam quantum temere litigando victori nocuit: 2. Si expensae judici videantur nimiae, moderari petitionem judex debet, ne sumptuum aestimatione immodica pars victa plus aequo gravetur. *Excipitur*, ubi expensis judicialibus certa taxa est constituta; nam has si necessario, et vere erogatas victor probarit, victus sine judicis taxatione ad probatae quantitatis teruntium est condemnandus; Carpzov. *jurispr. forens. p.* 1. *const.* 31. *defin.* 8. *n.* 2. 3. Ubi taxatae expensae fuerint a judice, et moderatae, pars victrix, parte victa citata, juramento confirmare debet, se expensas non minores fecisse; Gaill. *l.* 1. *obs.* 151. *n.* 11. Berlich. *p.* 1. *pract. concl.* 78. *a n.* 66. Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 175. Vviest. *hic n.* 139. qui tamen observant, hodie ex plurium curiarum praxi etiam sine juramento victoris condemnari victum in expensas legitime probatas, et judicis moderatione taxatas.

116

Quaeritur 6. ad quos pertineat haec temere litigantium poena, ut in expensas condemnari possint? Resp. Pertinet 1. non solum ad eum, qui temere litigavit coram judice, sed etiam qui coram arbitro compromissario, quia arbitria ad normam, et similitudinem judiciorum redacta sunt; *l. compromissum* 1. *ff. de recept. qui arbitr.*

2. Ad eum, qui renuntiavit liti, nam et hic condemnandus est in expensis, saltem factis ante renuntiationem, quam facere invito adversario nequit; Jason. *l. properandum* 13. §. 6. *C. de judic. n.* 2. Bellam. *decis.* 14. *n.* 1. Vviest. *hic n.* 136.

3. Ad haeredem temerarii litigatoris, quia ad hunc litis instantia transit cum omnibus cohaerentibus, ac proinde etiam cum refectione expensarum, nisi ad has defunctus condemnatus esset ob contumaciam; quia cum ista delictum sit, ex quo haeres non tenetur, eo casu ad reficiendas expensas iste non obligaretur; *l. un.* §. *fin. ff. siquis jus dicenti non obtemp.*

4. Ad temerarium litigatorem in causa criminali, nisi irroganda sit poena sanguinis, vel alia corporis afflictiva; nam eo casu actor quidem, non tamen reus in expensas condemnari potest; cum enim quovis modo liceat sanguinem suum tueri, ac defendere, temere, ac malitiose is nunquam litigare praesumetur; Bajard. *ad clar.* §. *fin. q.* 62. *n.* 10. Vvesenbec. *pr. inst. de publ. jud. n.* 11. Modestin. Pistor. *p.* 4. *q.* 11. *a n.* 5. Berlich. *p.* 4. *concl.* 19. *n.* 38. Vviest. *hic n.* 138.

117

Quaeritur 7. utrum in litis expensis victori condemnandus sit victus, etiam quando iste non temere litigavit, sed causam justam

litigandi habuit? Resp. per se loquendo non esse condemnandum; *arg. l. qui solidum* 78. §. *etiam* 2. *vers. nec aliud ff. de legat.* 2. gloss. *in c.* 5. *V. expensas de dol.* Abb. *ibid. n.* 22. Covar. *pract. c.* 27. *n.* 3. Menoch. *de arbitr. cas.* 177. *n.* 1. Gaill. *l.* 1. *obs.* 152. *n.* 3. Brunnem. *in l.* 13. *C. de judic. n.* 49. Vviest. *hic num.* 140. Schmier *process. c.* 16. *n.* 34. Ratio est quia expensarum refectio imponitur victis in poenam temeritatis; *l. eum quem* 79. *ff. de judic.* is autem, qui justam causam litigandi habuit, non potest dici temere litigasse, quamvis actori succubuerit.

118

Porro, quaenam sit causa litigandi justa, cum jure definitum non sit, relinquendum est arbitrio judicis. Pro tali communiter a DD. habentur sequentes. 1. Si victus intentionem, vel exceptionem suam semiplene probavit, et spectare potuit se admittendum ad juramentum suppletorium. 2. Si eandem probavit testibus, qui praeter spem ejus fuerunt reprobati, vel aliter deposuerunt in judicio, quam extra hoc rem se habere jactarunt. 3. Si pro se habuit sententiam plurium jurisperitorum, facultatis cujusdam jûridicae, aut saltem unius celebris doctoris. 4. Si jura pro, et contra litigatorem militantia ambiguos, et varios intellectus habeant, ita, ut quis frequentiori, et meliori DD. calculo approbatus sit, non facile cognoscatur. 5. Si actor plus debito sibi petiit. 6. Si victus suscepit litem jussu superioris, papae, vel alterius principis. 7. Si eandem suscepit ad hoc inductus probabili, et aliter, quam per juramentum calumniae probata ignorantia. 8. Si actor debitorem, de solutione non interpellatum in jus vocari petiit, et reus comparens debitum confiteatur, seque ad solutionem paratum offerat; debuisset enim actor eundem extrajudicialiter pro solutione interpellare, quam deferre causam in judicium. 9. Si victus sit persona valde honesta, spectatae vitae, et fidei, vel etiam privilegio munita, ne condemnari in expensas possit. Videatur Berlich. *p.* 1. *concl.* 78. *a n.* 13. Vviest. *hic n.* 141. Schmier *process. c.* 16. *a n.* 5. aliique, ab his *cit.*

119

Addidi *per se loquendo*; nec enim desunt casus, quibus in expensis litis victori condemnandus est victus etiam, quando justam causam litigandi habuit. Et talis est. 1. Si ita statuto, consuetudine, vel curiae alicujus praxi est introductum: et ita ex stylo curiae, et Rotae romanae observari post alios testis est card. de Luca *de judic. disc.* 38. *n.* 7. 2. Si litis expensae promissae sint per contractum, et stipulationem voluntariam, et extra judicium; Berl. *n.* 16. Haun. *n.* 177. Vvies. *n* 141. *cit.* 3. Si victus succubuit in aliqua interlocutoria. 4. Si in jus legitime vocatus, contumaciter non comparuit,

et propterea expensarum causa fuit in adversario. Si ab initio quidem justam causam habuit, libellum recepit, et litem contestatus est sed postea in conclusione causae producitur instrumentum, per quod declaratur, quod justa causa sit destitutus. Videatur Berlich. *a n.* 15. et alii ab hoc *cit.*

120

Quaeritur 8. an victus in dubio praesumatur habuisse justam litigandi causam? Distinguunt aliqui cum Haun. *to.* 5. *tr.* 5. *n.* 181. inter actorem, et reum: et de actore quidem negant praesumi justam litigandi causam de reo concedunt. Rationem disparitatis dant, quia ille paratus potuit accedere ad judicium, cum ultro provocet ; iste autem ad hoc vocatur plerumque inopinus, et provocatus: ut proinde adversus actorem praesumptio sit , quod temere ad litigandum prosilierit, non vero adversus reum.

Sed melius Jason. *in l. properandum* 13. §. 6. *C. de judic. n.* 10. Abb. *in c.* 5. *de dol. n.* 22. Covar. *pract. c.* 27. *n.* 3. Menoch. *l.* 2. *praesumpt.* 87. *n.* 1. Petr. Barbos. *in l. eum quem* 79. *ff. de judic. n.* 31. August. Barb. *in c.* 5. *cit. n.* 9. Vvies. *hic n.* 142. generaliter etiam de reo negant praesumi justam causam, si ulla talis causae non appareat conjectura. Ratio est , quia tali casu ex ipsa adversae partis victoria praesumitur is, qui victus est, sine sufficienti consilio, et causae discussione, adeoque temere judicium subiisse ut adeo, nisi contrarium probet, etiam aaversus ipsum locus sit; *l. eum quem* 79. *ff. de judic.*

Proceditque hoc, etiamsi victus praestiterit juramentum de calumnia; quia ut *tit.* 7. *de juram. calumn. n.* 17. dictum est , hoc juramentum, etsi praesumptionem calumniae tollat, non tamen a victo tollit praesumptionem temeritatis.

121

Quaeritur 9. an ad refectionem expensarum victori condemnandus sit, qui a sententia in prima instantia contra se lata appellavit, et succubuit in secunda? Affirmant glos. *in c.* 5. *de dol. V. expens.* Abb. *ibid. n.* 25. Gail. *l.* 1. *obs.* 152. *n.* 4. quod iterato victus malam causam fovisse, et calumniose, vel saltem temere litigasse , et appellasse convincatur.

Haec ratio quidem probat, in eo, qui sic iterato succumbit, majorem causam exigi, ut a refectione expensarum excusetur, quam requiratur in illo, qui succubuit in prima instantia , quod temeritatis praesumptio ex iterata, quam una condemnatione oriatur fortior.

122

Quia tamen etiam ita victus ad sic appellandum, et in secunda instantia litigandum permoveri potuit justa causa , quam vel causae

arduitas, vel jurium incertitudo, vel contra se in prima instantia allatarum probationum imbecillitas, et novarum, quae in secunda productae sunt, ignorantiae potuere suggerere, idcirco, ubi in secunda instantia victus talem causam probaverit, immerito condemnabitur ad expensas; glos. *in c. sacro* 48. *de sent excom. V. probabilis error*, Dur. *specul. tit. de. appellat.* §. 4. *n.* 2. Haun. *to.* 5. *tr.* 5. *n.* 178. Vvies. *hic n.* 145. et sumitur per argumentum a sensu contrario ex *cap. sacro cit.* ubi *vers. verum* appellans, si succubuerit, dicitur in expensas condemnandus, *nisi forsan et ipsum probabilis error excuset.*

123

Sed quid si appellatus in secunda instantia victus est, qui vicit in prima? Distinguunt hic aliqui, an ex iisdem actis in causa appellationis succumbat, an vero ex novis probationibus contra se adductis; in primo casu concludunt condemnandum in expensas; in secundo dicunt eas inter se compensandas. Sed teste Gail. *l.* 1. *obs.* 152. *n.* 5. in camera observatur, ut utroque casu expensarum fiat inter se compensatio, et decisio dubii, an appellatus justam causam litigandi habuerit, necne, relinquitur arbitrio, et discretioni judicis.

124

Quaeritur 10. an advocatus in propria causa per se litigans, et victor petere a victo possit expensas, quas facturus erat, si alterius advocati opera fuisset usus? Affirmat Henr: Bover. *singular V. expensae n.* 9. et videtur suadere ratio, nam etiam artifex in lite sibi mota victor petere potest compensationem lucri, quod omittere debuit ob prosecutionem litis. Atqui etiam advocatus ob litem sibi motam impeditur facere lucrum, quod alias pro aliis postulando potuisset facere; ergo etc.

125

Hoc argumentum recte probat hujusmodi advocatum titulo interesse a victo petere aliquid posse sub nomine lucri cessantis; non tamen sub nomine expensarum, quas, si causam suam per se non egisset, facturus fuisset in advocatum, cum revera nullas hujusmodi expensas fecerit: alias etiam ille, qui ob vires corporis, et sanitatem ad locum judicii venit sine equo, quo alius minus valens fuisset usus, pro equo posset et ipse expensas petere. Hinc ad quaestionem tenenda est negativa cum Jas. *in l. properandum cit. n.* 14. Menoch. *de arbitr. cas.* 154. *n.* 5. Gail. *lib.* 1. *obs.* 151. *n.* 16. Berl. *pract. p.* 1. *concl.* 78. *n.* 51. Haun. *to.* 5. *tr.* 5. *n.* 191. Vvies. *hic n.* 149.

126

Quaeritur 11. an necesse sit petere, ut victus in expensas condemnetur? Videtur respondendum affirmative ex antiqua juris maxi-

ma, quod judex officium suum pro privato interesse nemini, nisi imploranti impertiri debeat.

Sed dicendum, hoc casu quidem judicem non teneri ad victum in expensis condemnandum, condemnare tamen etiam ad hoc non specialiter invocatum posse ex officio. Ita Jason. *in l. properandum cit. n.* 30. Abb. *in c.* 5. *de dol. n.* 34. Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de libel. oblat. n.* 18. Vvies. *hic n.* 150. et sumitur *l. aediles* 25. §. *item* 8. *ff. de aedilit. edict. et l. sancimus* 15. *C. de judic.* Ratio est, quia ad officium judicis pertinet, ut etsi requisitus de eo non sit, temeritatem litigantium reprimat, quod fit condemnatione in expensis.

127

Dixi *non teneri, nisi imploratus super hoc sit*: nam si petita a victore est condemnatio in expensis, obligatur sic condemnare; alias si hoc neglexerit, tenebitur victori expensas resarcire de suo; *l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *et l. sancimus* 15. *cit. C. de judic.* Sufficit autem, si petitae sint virtualiter, et implicite v. g. petendo in libello, *ut sibi jus, et justitia administretur omni meliori modo*; nam talem clausulam apponens judicis officium non tantum super principali, sed etiam super accessoriis, cous. expensis implorasse intelligitur, ut dictum est *tit.* 3. *de libel. oblat. n.* 4. *vers. conclusioni.*

128

Quaeritur 12. an lite principali per sententiam finita, litis expensae a victore peti valeant actione peculiari? Ratio dubitandi est, quia lite per sententiam definitivam finita, judex esse desinit, et officium ejus cessat quo ad illam causam; *l. judex* 55. *ff. de re judic.* et victor sententiae acquiescens censetur consensisse in omissionem condemnationis in expensas.

Sed distinguendum est inter expensas, quae debentur officio judicis mercenario, ut fere sunt, quarum condemnatio fit propter temeritatem victi, et inter eas, quae debentur jure actionis, ut sunt, quae debentur ex conventione, et stipulata promissione, aut etiam ex delicto. *Priores*, postquam discessum est a judicio, non amplius peti possunt, possunt autem *posteriores*; Jason. *in l. properandum* 13. §. *sive* 6. *C. de judic. n.* 28. Abb. *in cap.* 5. *de dol. n.* 25. Duran. *specul. tit. de expens.* §. 6. *n.* 4. Berl. *pract. p.* 1. *concl.* 78. *n.* 57. Vvies. *hic n.* 153. et sumitur ex *l. terminato* 3. *C. de fruct. et lit. expens.* ubi imperatores *terminato, transactoque negotio* negant *super expensis querelam jure competere*, ex ratione, quod *post absolutum, dimissumque judicium nefas sit litem alteram consurgere ex litis primae materia*; quae ratio solum pugnat in iis expensis, quae debentur officio judicis mercenario, cessat autem in iis, quae debentur jure actionis; quia si istae actione peculiari petantur, lis nova non ex

lite veteri, sed ex conventione, vel delicto consurgit. Hinc cum nova sit actio, quoad illam officium judicis nondum cessavit.

129

Quaeritur 13. an condemnatus in expensis, teneatur ad restitutionem damnorum, deteriorationum, et interesse praestandum litis per sententiam victori? Resp. distinguendo, an condemnatus sit in expensas ratione victoriae solum, an vero ratione contumaciae, vel retardati processus. *Si primum*, condemnatio in expensas, damna, et interesse non comprehendunt, nisi sententia se referat ad instrumentum, in quo victus promisit solutionem cum omnibus damnis, et interesse. Sumitur ex *l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *Cod. de judic.* ubi victus victori in expensarum causa condemnandus dicitur, *quantum pro solitis expensis litium juraverit. Si secundum*, altera distinctio est adhibenda inter damna intrinseca, et extrinseca; nam priora ex tali sententia victus cum litis expensis tenetur reficere, non autem extrinseca, qualia sunt quae victor passus est a latronibus, cum iter faceret ad locum judicii; Gaill *lib.* 1. *obs.* 151. *n.* 14. Berlic. *conc.* 78. *cit. n.* 96. *et duobus seq.* Vvies. *hic n.* 154. et sumitur ex §. *ecce enim* 1. *vers. Haec autem inst. de poen. tem. litig. l. sancimus* 15. *C. de judic. l. non ignoret* 4. *C. de fruct. et lit. expens.*

130

Quaeritur 14. an casu, quo aut victus adjudicatione expensarum quantitate justo majori, in qua condemnatus est, aut victor earundem quantitate justo minori, quam fecerit, se gravatos queruntur, judex taxationem revocare, et errorem corrigere valeat? Resp. interesse, an taxatio, et condemnatio facta sit per sententiam interlocutoriam, an per definitivam: nam si per interlocutoriam, revocare taxationem, et corrigere errorem potest; non vero potest, si per definitivam, sed is, qui ita laesum se credit, confugere debebit ad appellationis praesidium; Bartol. *in l. ab executore* 4. *C. de appellat. n.* 13. Durand. *specul.* §. 6. *cit. n.* 3. Berlich. *concl.* 78. *cit. n.* 94. Vviest. *hic n.* 156. *et* 157. Ratio est, quia definitivam revocare judex non potest, potest interlocutoriam, ut dictum est *n.* 20. *et* 36.

TITULUS XXVIII.

De appellationibus, recusationibus, et relationibus.

Sententiae effectus, ne in rem judicatam transeat, suspendi triplici modo potest, appellatione ad tribunal superius, recusatione judicis tanquam incompetentis, suspecti etc. et relatione causae ad superiorem: Potissima difficultas est circa appellationem, de qua sit

§. I.

De appellationis natura, et causis, ob quas est introducta.

SUMMARIUM

1 *Appellationis definitio.*
2 *Definitio, et diversa acceptio supplicationis.*
3 *Hujus differentia ab appellatione.*
4 *Divisio istius in judicialem, et extrajudicialem.*
5 *Discrimen, et subdivisio illarum in justam, frustratoriam, et frivolam.*
6 *Causae, ob quas remedium appellationis est introductum.*

1

Quaeritur 1. quid sit *appellatio*? Resp. *Appellatio*, prout huc pertinet, *est ab inferiore ad superiorem judicem facta provocatio ratione gravaminis illati, vel inferendi.* Ita communiter DD. cum Marant. *p.* 6. *de ord. judic. tit. de appellat. n.* 1.

Dicitur 1. *Provocatio*: quod ponitur loco generis; nam etiam imploratio officii judicis, simplex querela, oblatio libelli in prima instantia *provocatio* dici possunt.

Dicitur 2. *ab inferiore*, videlicet vel judice, vel alio, ut comprehendatur etiam appellatio extrajudicialis, quae fit ab aliis, quam judicatis, ut ab electione, spoliatione etc.

Dicitur 3. *probatione gravaminis illati, vel inferendi*; nam ab utroque appellari potest judicialiter, vel extrajudicialiter.

Dicitur 4. *ad superiorem judicem*, non ad inferiorem, vel parem; quia par in parem, inferior in superiorem jurisdictionem non habet.

2

Quaeritur 2. quid sit *supplicatio*, et quomodo ab appellatione differat? Resp. Tripliciter supplicatio accipitur. 1. *Latissime* pro qui-

buscunque precibus judici porrectis sive ad justitiam, sive ad gratiam impetrandam; Innoc. *in c. ex litteris* 4. *n.* 3. *V. supplicavit de in integr. restit.* 2. *late* pro petitione restitutionis in integrum, quando praeter laesionem allegatur causa probabilis; e. g. imbecillitas aetatis, favor ecclesiae etc. ob quam judex ex officio succurrere laeso debeat, eumque restituere contra sententiam; Pirh. *hic n.* 6. 3. *Stricte*, quando allegata laesione, seu gravamine, petitur, ut princeps sententiam, contra quam ordinarium appellationis remedium non competit, ex mera gratia, et benignitate revideat, ac retractet; Marant. *p.* 6. *tit. de appell. n.* 13. Sic accepta supplicatio, quamvis appellationi valde similis sit, ab hac tamen plurimum differt.

3

Et 1. quidem differt, quia appellatio suspendit executionem sententiae; non item supplicatio stricte sumpta, sed cautio praestari debet ab eo, pro quo lata est sententia de restitutione facienda, si supplicans causam obtinebit; *auth. quae supplicatio C. de precib. imperat. offer.* 2. appellari debet intra decendium; supplicari etiam eo lapso usque ad biennium, sed tunc executio procedit sine ulla satisdatione; *auth. cit.* 3. Appellatio fit ad aliud judicem superiorem; Supplicatio vero plerumque ad eundem, qui tulit sententiam, et a quo propter excellentiam non licet appellare; gloss. *in auth. cit. V. praefectis.* 4. Appellatio est remedium ordinarium, et in justitia fundatum, cum sit species quaedam defensionis; supplicatio vero est extraordinarium, et innixum gratiae merae principis; Marant. *tit. cit. n.* 18. 5. Appellari a quocunque gravamine, lite etiam pendente, potest; supplicari autem tantum post sententiam definitivam, non ante illam, nisi in certis causis; *l. supplicare* 2. *cod. ut lit. pend.* 6. Appellare victus a sententia definitiva bis potest; supplicare super eadem causa non nisi semel; *l. siquis* 5. *C. de praecib. imp. offerend.* Videatur Marant. *loc. cit. a n.* 12.

4

Quaeritur 3. quotuplex sit appellatio? Resp. Duplex est, judicialis, et extrajudicialis. *Judicialis* est, quae interponitur ab actibus judicialibus, sive de iis, quae in judicium veniunt, et circa istud accidunt. Interponi potest tempore triplici. 1. Ante contestationem litis, ut si terminum comparendi in judicio nimis brevem judex praescripserit. 2. Post illam, sed ante sententiam, qualis est, cum appellatur a sententia interlocutoria. 3. Post sententiam definitivam, cum sc. ab hac, vel executione ejusdem fit appellatio.

Appellatio extrajudicialis fit ab actibus, vel decretis extrajudicialibus, quibus aliquis gravatur. Fieri potest dupliciter, nempe 1. a judice inferiore extrajudicialiter procedente, v. g. in deferenda

tutela, danda possessione etc. 2. A quovis alio, etiam privato, si gravamen inferat, vel illaturus timetur v. g. in praesentatione, electione, collatione beneficii, aut simili actu jam facto, aut etiam futuro, ne fiat.

Rejiciunt aliqui divisionem istam, tanquam, non satis consentaneam juri civili, a quo solum appellationem judicialem agnosci volunt. Sed si res accuratius ponderatur, in jure utroque divisio ista fundamentum habet, canonico quidem, dum appellationem concedit interponi posse in electione, praesentatione etc. ut patet ex *c. cum nobis* 19. *auditis* 29. *de elect. c. cum sit* 5. *c. constitutis* 46. *c. bonae* 51. *hoc tit. et c. concertationi* 8. *eod. in* 6. civili autem *l. si quidem* 1. §. *siquis* 1. *et trib. seqq. ff. quand. appelland. sit*, *et l. hi qui* 7. *Cod. h. t.* ubi permittitur appellatio a delatione muneris civilis, et publici.

5

Discrimen inter appellationem judicialem, et extrajudicialem triplex assignatur. 1. Appellatio judicialis est proprie appellatio, extrajudicialis improprie; hinc in materia poenali, et odiosa nomine appellationis non comprehenditur; Alex. de Nevo *in cap. cum sit cit. a n.* 13. Pirh. *hic n.* 3. Vviest. *n.* 9. 2. judicialis supponit judicium, et fit a solo judice, ejusque gravamine, non inferendo, sed illato; Extrajudicialis autem non supponit judicium coeptum, neque exigit necessario, ut fiat a judice, sed potest fieri etiam a parte, si ab hac gravamen inferatur, vel timeatur; *c. constitutis*, *c. bonae cit.* 3. Judicialis praeterita suspendit, eaque pendente, acta invalida sunt, et per viam attentati revocantur; non ita invalida sunt gesta, pendente appellatione extrajudiciali, nisi forte ipsi appellationi repugnent; Haun. *tom.* 5. *tract.* 5. *a n.* 278.

Utraque haec appellatio subdividitur in justam, et rationabilem, frustratoriam, et frivolam. *Justa* est, si ex justa, et rationabili causa; *Frustratoria*, si tantum morandae solutionis, et judicii protrahendi causa; *Frivola*, si ex levi causa, vel pro re minima interjiciatur. Ex his solae, quae rationabiles, et justae sunt, admitti debent a judice, ceterae tanquam temerariae rejici, et appellans, non obstante tali sua appellatione, cogendus ad parendum superiori; *cap. cum parati* 19. *hoc tit.* Vallens. *hic* §. 1. *n.* 5. Pirh. *n.* 66. Vviest. *n.* 10.

6

Quaeritur 4. quae sint causae, ob quas remedium appellationis est introductum? Resp. Plures enumerantur. 1. Et principaliter, ut removeatur gravamen, inique oppressis illatum; *c. suggestum* 15. *hoc tit.* 2. Ut iniquitas judicantium, aut imperitia eorundem corri-

gatur; *l. siquidem* 1. *princ. ff. eod.* 3. Ut litigator, qui vel ex ignorantia, vel ex negligentia jus suum non satis deduxit, vel probavit, et sic per sententiam primae instantiae laesus est, in secunda instantia reparare defectum possit; Ab. *in c.* 15. *cit. n.* 3. Vall. §. 1. *n.* 1. *hic*, Pirh. *n.* 4. Vviest. *n.* 6.

Patet proinde saluberrimum istud juris remedium esse, imo non juris, sed naturae; cum enim species quaedam defensionis sit, et innocentiae praesidium, non immerito Abb. *in rubr. hoc tit. n.* 6. cum aliis docet, appellationem quoad substantiam juris naturalis esse, etsi quoad solemnitatem, et modum, quo interponenda, et promovenda est, juris sit positivi.

Neque obstat, quod, ut *l. siquidem* 1. *princ. ff. hoc tit.* dicitur, nonnunquam contingat, ut sententiae latae in pejus reformentur, et aliquando in causa appellationis judicetur deterius, quam in prima instantia: item quod aliquando nulla justa ratione, sed litis tantum protrahendae studio appellatio interponatur: id enim judicis, et litigantium, non rei vitio evenit, et aliunde constat saluberrimis rebus homines improbos saepe abuti ad pessima, quo abusu tamen illae naturam non mutant.

§. II.

De personis, quibus appellatio permittitur, vel non permittitur.

SUMMARIUM

7 8 9 *Quis appellare possit?*
10 11 *Quibus non sit permissum?*
12 13 *An etiam illi, qui professus est cum juramento ante sententiam, se non provocaturum a judice?*
14 *An appellatio prosit etiam correis non appellantibus?*
15 *Requisita, ut prosit iisdem.*

7

Quaeritur 1. quis appellare possit? Resp. Regulariter appellare permissum est omnibus, qui gravamen aliquod extra, vel intra judicium patiuntur, aut se passuros timent; *can. ideo* 10. *caus.* 2. *q.* 6. *l. siquidem* 1. *ff. l. et in majoribus* 20. *l. siquis* 30. *C. h. tit.* in specie appellare 1. potest condemnatus per sententiam, modo aliud nihil obstet: de quo infra.

2. Ceteri, quorum interest nomine proprio, seu quibus ex sententia praejudicium, vel damnum pervenire posset, quamvis contra

ipsos directe non sit lata sententia; *can. non solent* 30. *caus.* 2. *q.* 6. *cap. cum super* 17. *de sent. et re judic. l. non solent.* 1. *princ. ff. de appell. recip. l. ab executore* 4. §. *alio* 2. *et l. princ. ff. h. tit.* Sic recte appellat 1. principalis a sententia lata contra procuratorem non appellantem; *l. ab executore* §. *alio cit.* 2. venditor victo emptore litigante super proprietate; *loc. cit.* §. *item si* 3. 3. haeres pro condemnato cohaerede, et pro victo haerede instituto legatarii; *l. a sententia cit. princ. et* §. *si haeres* 1. 4. fidejussor pro eo, pro quo intervenit; gloss. 1. *in l. a sententia cit. V. pro eo.* 5. creditor a sententia, qua, ipso ignorante, adjudicatum est pignus alteri; *arg. l. saepe* 63. *vers. scientibus ff. de re judic.* 6. maritus a sententia, quae super dotis proprietate lata est contra socerum; *arg. textus ejusdem.*

8

3. Ii etiam, quorum interest nomine alieno. Ita appellare potest 1. procurator pro domino, modo hic mox ratum id habeat; *can. non solent cit. cap. non injuste* 14. *de procurat. l. dominus* 9. *C. h. tit.* 2. tutor pro pupillo, curator pro minore; *l. tutor* 27. *ff. l. si actor* 10. *C. eod.* 3. pater pro filio, et filius pro patre; *can. l. non solent. cit. l. ex consensu* 23. §. *filiumfam.* 2. junct. gloss. *V. non nisi partis ff. eod.* 4. dominus pro subdito, vel servo suo; *l. servi* 15. *ff. eod.* 5. episcopus, vel abbas pro clerico, vel monacho suo, et hi in causa suae ecclesiae, vel monasterii; Laym. *in c. cum inter* 16. *de elect. n.* 2. Pirh. *hic n.* 30. Vviest. *n.* 5. 6. denique quivis alius, etiam extraneus, et sine mandato, pro eo, qui ad supplicium ducitur; *l. non tantum* 6. *et l. addictos* 29. *C. h. tit.* quia innocentem defendi, et beneficiis hominis hominem affici omnium interest; *l. servus* 7. *ff. de serv. exportand.* Perez *in C. hic n.* 5. Vallens. §. 2. *n.* 1. Pirh. *n.* 9. Vviest. *n.* 15.

9

4. Appellare permissum est ipsi judici contra propriam pronuntiationem casu, quo contingit eum condemnato succedere; ubi tamen distinguendum est, an sententiam, qua pars condemnata gravata est, dolo tulerit, an vero juste, quod pars victa intentionem suam, vel exceptionem non satis probaverit; nam eo casu, si ipse, postquam parti condemnatae successit, probationem ex facti circumstantiis accuratius ponderatis novam, et omnino sufficientem afferret, ad appellandum contra propriam suam sententiam est admittendus, nec propterea arguendus temeritatis, vel imperitiae, sed tota causa refundenda in eum, cui successit, quod jus suum aut ignorarit, aut non bene deduxerit; gloss. *in l.* 1. *ff. de except. rei vendit.* Zoes. *ff. h. tit.* Vviest. *n.* 16.

5. Interdum appellare ab eadem sententia potest pars utraque litigans, si probent per eandem utrisque praejudium afferri; *c. si duobus* 7. *h. tit.* quod contingere potest in casu, quo sententia plures articulos continet, quorum unus adversatur actori, alter reo, ita, ut tam victus, quam victor gravatum se sentiat; gloss. *in c. significaverunt* 11. *V. absolvit de except.* Abb. *ibid. n.* 7. Vviest. *hic num.* 17.

10

Quaeritur 2. quibus appellare non sit permissum? Resp. 1. qui sententiam contra se latam expresse, vel tacite, et ipso facto approbavit, et sic renuntiavit beneficio appellationis; *cap. gratum* 20. *et ibi* gloss. *fin. de offic. deleg.*

2. Qui tribus edictis, vel uno peremptorio citatus dixit se nolle venire, ideoque ob veram contumaciam condemnatus est; *l. ex consensu* 23. §. *fin. h. tit. et ibi* gloss. *V. non recte*, Vall. *hic* §. 2. *n.* 1. *et* 6. *et* §. 4. *n.* 6. Pirh. *n.* 26. Vviest. *n.* 22. Ratio est, quia qui judicem audire, eique parere per contumaciam renuit, indignus est, ut appellans audiatur a judice.

3. Qui in eadem causa non detulit legitimae appellationi sui adversarii; *c. constitutis* 23. et expressius *c. an sit* 42. *h. tit.* etenim cum quod quisque juris in alium statuit, eo ipsum quoque conveniat uti *l. hoc edictum* 1. *ff. quod quisque jur.* hinc merito is non auditur, si in eadem causa, seu negotio appellare velit. Secus dicendum, si in diversa non connexa; nam in hac, etsi puniendus sit, appellare tamen non prohibetur; *arg. c. dilectis* 55. *h. tit.* gloss. *fin. in c. an sit cit.* Abb. *ibid. n.* 4. Pirh. *n.* 29. Vviest. *n.* 26.

11

4. Qui notorii criminis reus, vel de eo, sponte, et ore proprio in judicio confessus, simulque non dubia, ac plena probatione convictus est; *l. observare* 2. *C. quor. appell. non recip.* estque haec lex canonizata *can. ei qui* 4. §. *nullus etiam caus.* 2. *q.* 6. *c. pervenit* 13. *et c. seq. h. tit.* Ratio est, quia appellatio instituta est ad removendum gravamen injuste illatam, ut dictum est *n.* 6. atqui de hoc non potest conqueri, qui notorii criminis reus, vel de eo in judicio simul convictus est: ergo etc. secus dicendum, si vel confessus tantum, vel tantum convictus est; nam utrique conceditur appellatio; convicto quidem, quia forte afferet fortiores probationes, quae contra se allatas enervent; confesso autem, quia hic confessionem, saltem allegato, et probato errore suo, revocare permittitur, ut dictum est *tit.* 18. *n.* 48. *et seq.*

5. Qui eadem causa, et super eodem articulo tres conformes sententias contra se tulit; nam ab harum ultima appellare non po-

test; *c. suas nobis* 65. *h. tit. et l. un. C. ne liceat in una eademque causa.* Ratio est, quia adversus tertio condemnatum est praesumptio, quod foveat injustam causam, et ad litem duntaxat protrahendam appellet, cum aliquem in eadem causa, et articulo, et a diversis judicibus ter gravari jura non praesumant. Dixi, *in eadem causa, et super eodem articulo*, nam super articulo diverso ab eo, in quo ter succubuit, appellare potest; imo etiam ab eodem articulo, et sententia super eo etiam tertio lata, si ista novum gravamen afferat, ut *in l. un. cit.* recte advertunt Perez *n.* 3. Brunnem. *n.* 1. Vall. *hic* §. 4. *n.* 5. Vviest. *n.* 27.

6. Excommunicatus: ubi tamen distinguendum est inter appellationem judicialem, et extrajudicialem. *Prior* ipsi permittitur; quia est species defensionis, quam ne diabolo quidem denegandam scribit Speculator; *posterior* ei negatur; quia habet vim conventionis; atqui excommunicatus convenire alterum nequit: ergo etc. vide *tit.* 25. *n.* 14. *et duob. seq.*

12

Quaeritur 3. an appellare possit, qui professus est cum juramento ante sententiam se non provocaturum a judice? *Rationem dubitandi* faciunt textus juris in speciem sibi contrarii; nam *cap. q.* 21. *h. tit.* statuitur, non esse admittendam appellationem illi, qui priusquam ferretur sententia, juravit se ecclesiae mandatis pariturum; cui simile quid habetur *l. tractandum* 1. §. *siquis* 3. *ff. a quib. appellar. non lic.* contra *c. adhaec.* 20. *eod.* sic appellantibus injungitur, *ut vel servent, quod jurant, vel intra* 40. *dies post appellationem interpositam iter arripiant ad ipsam prosequendam*, cons. appellatio aperte iisdem conceditur. Verum apparens haec antilogia juris facile conciliatur, si *c. quaestioni*, *et l. tractandum cit.* dicatur prohiberi appellationem contra mandatum, et sententiam juri conformem; *c. adhaec* autem dicatur loqui de sententia, vel praecepto injusto. Quare ad quaestionem

13

Respondeo distinguendo inter appellationem frivolam, et legitimam. Frivola per hujusmodi juramentum fit illicita, non vero legitima; unde non obstante juramento, posteriorem istam licebit interponere, saltem quando iniquitas sententiae, vel mandati est notoria; Abb. *in c. quaestion. cit. n.* 5. Vivian. *ibid.* §. *fin.* Laym. *n.* 2. Pirh. *n.* 16. Vviest. *n.* 25. Ratio est, quia ut cum Sylv. *V. juramentum* 3. *q.* 3. communiter DD. notant, juramentum praestitum circa materiam juris, et justitiae ultra limites juris, et justitiae non debet extendi, sed imbibitam habet hanc conditionem, *si juri, et justitiae conforme sit*: igitur si sententia non est juri conformis, sed injusta notorie, non

tenebitur jurans juramento suo, et cons. appellare eidem licebit. Estque hoc verum, licet quis juraverit, se staturum sententia judicis, quomodocunque, aut qualiscunque lata fuerit; adhuc enim ab ea appellare potest, si illa injusta sit, et hoc sit notorium.

Dixi, *saltem quando iniquitas sententiae, vel mandati est notoria*, nam si notoria non est, et causa sit civilis, appellationi ejus, qui juravit se non provocaturum, melius non deferendum advertit Vviest. *hic n.* 25. *cit.* Rationem dat, quia renuntiatio appellationis in causis, proprium interesse concernentibus, licita est; *c. directae* 39. *hoc tit. et l. tractandum* 1. §. *si quis* 3. *ff. a quib. appell. non lic.* ac proinde hujusmodi promissioni, praesertim si juramento firmata sit, eo casu standum est per regulam *c. cum contingat* 28. *de jurejur. et c. quamvis* 2. *de pact. in* 6.

14

Quaeritur 4. an si in causa pluribus communi a sententia, contra omnes lata, unus tantum provocavit, et in judicio appellationis vicit, ejus victoriae emolumentum etiam pertineat ad reliquos, qui non appellarunt? Videtur tenenda negativa ex tritissima juris maxima, quod inter alios acta aliis nec praejudicent, neque prosint, prout sumitur ex *cap. quamvis* 25. *de sent. et re judic. et l. saepe* 63. *princ. ff. de re judic. Et confirmatur*, quia unius a sententia appellantis condemnatio non obest ceteris litis consortibus; *c. interrogatum* 24. *et ibi* gloss. *V. profitetur caus.* 9. *q.* 5. *c. significasti* 5. *de adulter. l. denuntiasse* 17. §. *quaeritur* 6. *ff. ad leg. jul. de adulter*: ergo nec pro eodem prolata iisdem proderit.

Sed retinenda est affirmativa sententia; nam ita aperte decisum habetur *cap. una* 72. *hoc tit. l. siqui* 10. §. *fin. ff. eod. l. si judici* 1. *et l. seq. C. si unus ex plurib. appellav.* Ratio est, quia objectum principale sententiae appellationis est sententia lata in prima instantia, de cujus validitate, et justitia disputatur; non potest autem eadem sententia pro uno esse vera, et pro altero, qui jure eodem utitur, esse falsa; igitur hoc ipso, si lata est pro uno, prodest etiam ceteris in eadem causa damnatis per sententiam primae instantiae.

Ad argumentum contrarium illa juris maxima in casu praesenti quoad emolumentum victoriae non procedit, cum rescissa sententia primae instantiae, necesse sit eandem vi omni destitui etiam quoad non appellantes. *Ad conf.* quod condemnatio in secunda instantia non noceat aliis litis consortibus, statuendi specialis fuit ratio, quia facile contingit, ut unus ex correis metu, vel errore inducatur ad confessionem sibi praejudiciosam, vel testimoniis, aut instrumentis falsis in secunda instantia convincatur: unde si tali casu conde-

mnatio unius pertineret etiam ad ceteros litis consortes, necessaria defensio his facile auferretur.

15

Quaeritur 5. quid requiratur ad hoc, ut sententia pro uno appellante lata prosit etiam aliis non appellantibus? Resp. 1. requiritur, ut sint correi, sive in eadem causa per eandem sententiam condemnati; nam de ceteris procedit regula supra adducta, quod res inter alios acta in judicio aliis nec prosit, nec obsit: 2. ut sententia lata sit pro uno in causa appellationis; nam si lata sit tantum in prima instantia, ordinarie, et nisi res individua sit, ut in servitutibus, sententia pro uno lata aliis non prodest, etsi eadem causa sit omnium. Et hoc est discrimen inter sententiam latam in prima, et inter latam in secunda instantia; Pirh. *n.* 13. 3. ut correi, sive per eandem sententiam condemnati communi omnes utantur jure; nam si unus contra sententiam juvetur jure speciali e. g. favore aetatis per restitutionem in integrum, nisi res controversa sit incorporalis, et individua, victoria unius non prodest alteri, ut dictum est *lib.* 1. *tit.* 41. *n.* 24. 4. ut sit idem negotium; nam si diversum sit, uno appellante, et vincente, alteri non prodest victoria: et ratio est, quia ob diversitatem causae non possunt censeri una sententia condemnati; Abb. *in cap.* 72. *hoc tit. n.* 4. 5. ut sit eadem defensionis causa: secus, si sit diversa; nam diversa causa diversas sententias efficit, et sic facit, ut unus non comprehendatur in sententia lata pro altero; Abb. *loc. cit.* 6. ut alter ex correis, qui non appellavit, sententiam primae instantiae expresse, vel tacite non approbaverit; nam si ita approbavit, respectu ipsius transiit in rem judicatam, et sic appellatio alterius ipsi amplius prodesse non potest; Abb. *num.* 4. *cit.*

§. III.

De actibus, a quibus permissum, vel non permissum est appellare.

SUMMARIUM

16

Quaeritur 1. in quibus causis liceat appellare? Resp. Regulariter loquendo, saltem de jure canonico antiquo, appellari potest in omnibus causis, et ab omni sententia valida, imo a quocunque alio gravamine illato, vel inferendo, etsi extrajudiciale hoc solum sit: ita Durand. *specul. tit. de appellat.* §. 2. *in princ.* Rebuff. *tr. de appellat. praefat. n.* 72. Gonzal. *ad reg.* 8. *cancell. annot. ad gloss.* 9. *contr. nullit. et attent. n.* 25. Vallens. *hic* §. 4. *n.* 1. Pirh. *n.* 31. Vviest. *n.* 28. et aperte constat ex *can. liceat* 1. *et can. siquis* 4. *caus.* 2. *q.* 6. *c. cum sit* 5. *et cap. super eo* 12. *hoc tit. cap. cordi* 1. *eod. in* 6. *et Clem.* 3. *cit. tit.* Ratio est, quia appellatio, ut saepe dictum est, est quaedam defensio, quae nemini facile denegari debet.

Dixi 1. *in omnibus causis*, videlicet tam civilibus, quam criminalibus, ut statuitur *can. liceat* 20. *caus.* 2. *q.* 6. *cap. cum sit cit.* §. *praeterea l. non tantum* 6 *ff. et l. et in majoribus* 20. juncta glossa

V. negotiis cod. eod. Ratio autem, quod etiam in criminalibus admittenda, imo multo magis sit admittenda appellatio, est, quia in istis vertitur majus periculum; agitur enim ad publicam poenam, et de corpore, ac vita hominis.

Procedit hoc, spectato jure communi; nam quoad causas criminales in imperio romano, ex inveterata consuetudine, per *ord. camer. p. 2. tit.* 28. §. *item nach. dem* 5. *et recess. imper. de anno* 1530. §. *item als auth.* 95. comprobata aliud tenet, et appellationes in causis capitalibus non admittuntur; Gaill. *l.* 1. *obs.* 1. *n* 28. Mynsing. *cent.* 4 *obs.* 41. *n.* 3. Vviest. *hic n.* 32. Schmier *process. cap.* 17. *n.* 59. idque ne promeritae criminum poenae eludantur, aut nimium differantur. *Excipitur*, siquis principaliter velit nullitatem processus prosequi; tunc enim in camera imperiali appellatio eidem permittitur, ut notant *cit.* DD.

17

Dixi 2. *Et ab omni sententia valida*; nam ab invalida, et notorie irrita sententia frustra appellatur; *l. si expressim* 19. *et l. ex consensu* 23. §. *cum procurator* 1. *ff. hoc tit. l. illud* 1. *et seqq. ff. quae sentent. sin. appell. rescind. l. latam* 1. *et seqq. cod. quand. provoc. non est necess.* idque ex duplici ratione: *una est*, quia per talem sententiam laesus remedium ordinarium ad manus habet, videlicet querelam nullitatis, quam coram judice *a quo* proponere potest: *altera*, quia appellatio sententiam prius latam suspendit, et ad eam rescindendam tendit; quod autem nullum est, suspendi, et rescindi non potest. Addidi, *notorie irrita*; nam in dubio de nullitate alternative peti potest; ut sententia declaretur nulla, vel si valida est, corrigatur; Bartol. *in l. expressim cit. n.* 5. Vallens. *hic* §. 4. *n.* 1. Pirh. *n.* 31. Vviest. *n.* 29.

Dixi 3. *Imo a quocunque gravamine*: ubi distinguendum est inter appellationem in judicio, et extra judicium; nam extra judicium appellari potest etiam a gravamine futuro, et nondum illato, nec comminato; *Clem.* 3. *et ibi* gloss. *V. a futuro hoc tit.* At in judicio appellari solum potest a gravamine jam inflicto, et a comminatione gravaminis inferendi injuste facta per judicem; *c. cum cessante* 60. *hoc tit.* Abb. *ibid. n.* 5. Pirh. *hic n.* 38.

18

Dixi 4. *saltem de jure canonico*; nam de jure civili non permittitur appellatio a sententia interlocutoria; *l. ante sententiae* 7. *Cod. quor appell. non recip. l. si clericus* 2. *C. de episc. aud. l. apertissimi* 6. *C. de judic.* Ratio discriminis inter jus canonicum, et civile est, quia de jure canonico mitius proceditur, et in eo instantia non exspirat cursu temporis; exspirat autem triennio de jure civili: unde

saepe contingeret, si admitterentur appellationes a quovis gravamine, ut instantia judicii periret ante sententiam definitivam. Accedit, quia judex interlocutoriam, quam tulit, alias revocare potest et siquid in ea peccatum est, per sequentem sententiam definitivam corrigere; unde praesumit lex tales appellationes interponi solum litis differendae causa. *Excipitur* triplex casus, quo appellatio a sententia interlocutoria etiam de jure civili admittitur, videlicet, si vim definitivae habeat, ita, ut totum jus alicujus absorbeat; *l. intra* 39. *ff. de minorib.* 2. si talis sit, post quam non speretur definitiva, v. g. si judex pronuntiet se incompetentem, aut reum absolvat ab observatione judicii. 3. si contineat gravamen, quod per definitivam, aut appellationem ab ista nequeat reparari, ut si judex jubeat aliquem incarcerari, vel torqueri; Abb. *in c. super eo* 12. *hoc tit. n.* 3. Laym. *ibid. n.* 1.

19

Dixi 5. *de jure canonico antiquo*; nam novissimo tridentini *sess.* 13. *c.* 1. *et sess.* 24. *c.* 20. *de reform.* prohibentur appellationes ab interlocutoriis recipi per quoscunque superiores, nisi in casibus modo exceptis, ut adeo nunc etiam de jure canonico quoad interlocutorias observanda sit dispositio juris civilis; Piasec. *prax. episc. p.* 2. *c.* 4. *art.* 15. *n.* 3. Zerola *prax. V. appellatio ad* 6. Vall. *hic* §. 4. *n.* 4 Pirh. *n.* 34. Vviest. *n.* 32.

Dixi 6. *regulariter loquendo*: nam plures sunt casus, quibus non defertur appellationi. Et hinc

20

Quaeritur 2. in quibus causis non liceat appellare? Resp. 1. non admittitur appellatio a sententia, qua crimen confessus, et convictus condemnatur ad poenam lege definitum. Sumitur ex *c. quia nos* 32. juncta gloss. *V. in communi capitulo in fin. h. tit. l. si qua* 244. *et ibi* gloss. *V. de poena solut.* 3. *ff. de V. S.* gloss. *in c. cupientes* 16. §. *quodsi V. inexspectati de elect. in* 6. Gonzal. *in c. irrefragabili* 13. *de offic. ordin. n.* 4. Pirh. *hic n.* 61. Vviest. *n.* 33. Ratio est, quia a tali poena appellans queri videtur de gravamine non per iniquitatem judicis, utpote qui in judicando legum praecepta secutus est, sed tanquam a lege ipsa sibi illato; Lex autem injuste neminem gravat. Dixi *ad poenam lege definitam*; nam si poena a lege statuta non sit, sed ipse judex poenam decernat, et modum excedat, appellari poterit; *arg. c. novit* 43. *hoc tit.* Farin. *prax. q.* 101. *n.* 110. Pirh. *hic n.* 61. Item appellari potest a declaratione poenae jure latae; gloss. *marg. in l. siqua cit. lit. A.* Abb. *in c.* 13. *hoc tit. n.* 9. Pirh. *loc. cit.* quia non juris, sed ho-

minis, seu judicis est declarantis, quod quis inciderit in poenam lege decretam.

21

2. *In causis*, aut *delictis notoriis*; prout sumitur ex *c. cum sit* 5. §. *praeterea*, *c. pervenit* 13. *c. consuluit* 14. *hoc tit.* Ratio est, quia constat reum de crimine notorio condemnatum, si appellet, tantum appellare poenae differendae causa; quod admitti non debet, *cum*, ut *c. cum speciali* 61. §. *porro h. tit.* dicitur, *appellationis remedium non sit ad defensionem iniquitatis*, *sed ad praesidium innocentiae institutum. Excipitur*, nisi in appellatione exprimatur legitima causa, per quam delictum notorium aliquo modo defendatur, ut siquis aliquem occidit in conspectu populi, sed alleget illum se occidisse ad sui defensionem; tunc enim admitti appellatio debet, et hac pendente sententiam exequi judex, qui sententiam tulit, non potest, ut colligitur ex *c. cum. speciali* §. *porro cit.* Abb. *in c.* 14. *hoc tit. n.* 4. Felin. *prax. q.* 101. *n.* 64. Vallens. *hic* §. 4. *n.* 8. Pirh. *n.* 63. *et seq.*

22

3. *In causa executionis*, seu *a mero executore*; ubi tamen distinguendum est, an is exequendo sententiam, formam, et limites mandati, ac commissionis suae observet, vel excedat. *Si primum*, is, contra quem fit executio, appellare non potest; *c. novit* 43. *hoc tit. l. ab executione* 4. *ff. eod. l. ab executione* 5. *C. quor. appel. non recip.* Ratio est, quia si reus tali casu gravatur, gravamen non ab executore, sed a judice executionem mandante illatum censetur. Igitur adversus hunc potius, quam executorem appellatio fieri deberet, vel si adversus eum non potest, etiam executio per appellationem impediri non poterit, utpote quae est effectus sententiae. *Si secundum*, appellari ab illo potest per textum; *cap. quoad consultationem* 15. *de sent. et re judic.* et notat *ibid.* gloss. *V. excedatur*, Abb. *n.* 24. Barb. *in c.* 43. *cit. n.* 7. *et* 8. Pirh. *hic n.* 62. Vviest. *n.* 39. Ratio quia excedendo aliud quid facere videtur, quam quod ei commissum est; ac proinde in eo, in quo excedit, desinit esse executor, et sic gravamen injustum infert. Potest autem executor modum in executione excedere multimode, ut si eam facere velit in re alia, vel in plus, quam est judicatum, vel ante tempus, vel non servato ordine, e. g. prius in immobilibus, quam in mobilibus, si partes judicis sibi vendicet, aut sententiam interpretari velit, quod mero executori non competit; *l. si ut proponis* 6. *C. de execut. rei judic.*

23

4. *In causa correctionis* regularis vel ecclesiasticae disciplinae causa : ubi iterum distinguendum est : an praelatus in correctione procedat ut judex judicialiter , an ut pater paterne. *Si primum*, aeque a correctione , per sententiam dictata , licet appellare, atque ab aliis gravaminibus per sententiam definitivam , vel interlocutoriam illatis; *Trid. sess.* 13. *c.* 1. *de reform. in fin.* Fagn. *in c. ad nostram* 3. *hoc tit. n* 6. Pirh. *hic n.* 44. Schambóg. *n.* 11. Vviest. *n.* 35. et novissime clariss. P. Schmier *process. c.* 17. *n.* 81. *Si secundum*, interest, an superior in correctione maneat intra limites a ss. canonibus , regula , vel constitutionibus ordinis correctioni praescriptis, an vero istos excedat. *Primo casu* non datur appellatio; *c. ad nostram* 3. *et c. reprehensibilis* 26. *hoc tit. cap. licet* 18. *et cap. irrefragabili* 13. *de offic. ordin. sess.* 13. *cap.* 1. *et sess.* 22. *cap.* 2. *de reform.* Ratio est, quia ab ejusmodi correctione appellans redarguere iniquitatis censetur ipsam regulam, vel ss. canones. Accedit , quia correctio , quae fit secundum canones , et regulas , est quaedam istorum executio , a quó appellatio regulariter non datur; *c. consuluit* 29. *hoc tit. secundo casu* per hujusmodi excessum , si notabilis ille sit , gravato conceditur appellatio ; *c. irrefregabili, c. ad nostram cit. et c. de priore* 31. *hoc tit.* Ratio est , quia tunc praelatus , seu superior potestate sua abutitur, et subditum injuste gravat. Debet tamen eo casu necessario exprimi causa appellationis , sc. quod superior corrigendo modum excesserit , ut judici appellationis de justitia illius constet , et appareat appellatum esse in casu permisso; Abb. *in c. ad nostram cit. n.* 9. Pirh. *hic n.* 45. Vviestner *ibid. n.* 37.

24

4. *In causa censurarum* , *excommunicationis* , *suspensionis, et interdicti ;* ubi tamen videndum, an censura hujusmodi jam sit lata ante appellationem , vel primum post illam. *Si hoc secundum* , non obstat appellanti; nam cum talis excommunicatio nulla sit, nullum habet effectum , nec impedire potest, quo minus is , contra quem hujusmodi sententia lata est , cum aliis fidelibus communicare etiam in divinis possit , ut desumitur ex *c. ad praesentiam* 16. *hoc tit.* Neque refert , quod ita censuratus *c. cit.* referatur absolutus ; quia id intelligendum de absolutione ad cautelam , ut *ibidem* notat gloss. *V. absolvi.* Laym. *n.* 2. Gonzal. *n.* 2. *Si primum*, appellari quidem ad superiorem potest , ut hic de justitia censurae cognoscat , effectus tamen illius per hujusmodi appellationem non suspenditur , prout de interdicto constat ex *c. ad haec* 37. junct. gloss. *V. interdictum hoc tit.* de excommunicatione, et suspensione; *c. is cui* 20. *in fin. de sent.*

*61 **

excomm. in 6. Ratio est, quia excommunicatio, et quaevis alia censura executionem sententiae secum trahit, et statim, atque lata est, animam ligat; et hinc excommunicatus a fidelium communicatione, suspensus, et interdictus a divinis officiis, ab ingressu ecclesiae, et ceteris spiritualibus statim abstinere debet. Causa hoc statuendi fuit, ut censurae sic magis timeantur, si sciant homines effectum earum per appellationem non suspendi, vel impediri posse. Debet autem hoc intelligi de suspensione, et interdicto non quocunque, sed de suspensione, et interdicto ab officiis divinis; hinc siquis solum suspendatur, vel interdicatur a capienda possessione, ab ingressu in civitatem, vel palatium, perceptione fructuum, voce activa, et passiva, et ita suspensus, vel interdictus a tali sententia appellet, effectus ejus per appellationem suspenditur; gloss. *in c. is cui cit. V. sequentem*, Abb. *in c. adhaec cit. n.* 1. Alex. de Nevo *ibid. n.* 3. Laym. *n.* 2. Avil. *de censur. p.* 3. *D.* 3. *dub.* 4. *concl.* 1. Pirh. *hic n.* 47. Vviest. *n.* 41. et alii communiter.

25

6. *In causa electionis* ad impediendam executionem illius, vel confirmationis istam secutae; nam nisi appellans alleget causam valde rationabilem, appellatio ejus non admittitur, sed electus, ipsa non obstante, investiri, sive in pacificam possessionem mitti debet; *c. constitutis* 46. *hoc tit.* Ratio est, quia contra appellantem praesumptio est, quod malitiose appellet ad differendam duntaxat investituram. *Et confirmatur*, quia possessionis traditio habet rationem executionis; ab executione autem si fiat appellatio, huic deferendum non est, ut dictum est *n.* 22. Dixi, *nisi appellans alleget causam valde rationabilem*; nam hanc si allegat, opponendo, v. g. confirmato proprietatis defectum notorium, vel qui in continenti probari possit, appellatio ejusdem deberet admitti; *c. accedens* 23. *de accusat. c. super eo* 2. *de crim. fals.* nisi contra excipientem, vel appellantem sit praesumptio, quod malitiose opponat; gloss. *fin. in c. constitutis cit.* Alex. de Nevo *ibid. n.* 44. Abb. *n.* 15. Pirh. *n.* 57. Vviest. *n.* 52. Dixi 2. *ad impediendam executionem electionis, vel confirmationis*; nam si post executionem electionis, vel confirmationis factam, et obtentam possessionem, instituere aliquis velit actionem, accusando possessorem de crimine, vel denuntiando illum, audiri debet; quia tunc cessat praesumptio illa, quod appellans calumniose objiciat ad impediendam possessionem, vel executionem; *c. constitutis cit. in fin. et ibi* gloss. *fin.* Vivian. *in ration.* Gonzal. *n.* 5. Pirh. *n.* 57. Vviest. *n.* 42.

26

7. *In causa possessionis* a sententia ibidem lata : ubi tamen distinguendum est, an lata illa sit in possessorio ordinario, an vero solum in momentaneo. *Si in ordinario*, ubi servato juris ordine, de partium possessione cognoscitur, et pronuntiatur, appellari potest, habetque appellatio haec de jure saltem canonico, quod praxis hodierna sequitur, effectum tam suspensivum, quam devolutivum; *c. ex conquestione* 10. *et c. cum ad sedem* 15. *de restit. spoliat. clem. unic. de sequest. poss. et fruct.* Brun. *in l. un. C. si de moment. poss. n.* 6. Haun. *to.* 5. *de J. et J. tr.* 5. *n.* 394. Engl. *hic n.* 39. Pirh. *n.* 65. Vviest. *n.* 44. *Si in momentaneo*, ubi summario, solaque facti specie et verisimilitudine attenta proceditur, appellatio quoad neutrum effectum admittitur; *l. un. cit.* quae juris civilis dispositio, quamvis forte non de jure canonico antiquo ob *c. cum sit* 5. *et c. super eo* 12. *hoc tit.* ubi appellatio conceditur a quocunque gravamine, locum tamen habet de jure canonico novissimo tridentino, *sess.* 13. *c.* 1. *et sess.* 24. *c.* 28. *de reform.* prohibente admitti appellationes ab interlocutoriis ordinariorum, definitivae vim non habentibus, ac proinde etiam a decreto possessorii momentanei. *Ratio disparitatis* inter possessorium ordinarium, et momentaneum est, quia per sententiam in priore latam afferuntur, vel auferuntur commoda possessionis, cons. ex causa magni praejudicii , nec reparabilis , nisi petitorio judicio instituto; contra quae lata est in posteriore judicio, cum solam rei denuntiationem det ad interim, non magnum, nec perpetuum affert praejudicium , quippe quod, instituto possessorio ordinario , reparari potest.

27

8. *In causa testamenti* a sententia , qua judex mandat , testamentum aperiri, vel jubet haeredem institutum mitti in possessionem bonorum haereditatis; *l. fin. ff. de appellat. recip. l. quisquis* 6. *C. quor. appell. non recip.* partim quia publice expedit ultimas voluntates, et aperiri, et servari; partim quia parti gravatae sententia parum nocere videtur. Disputant hinc DD. an appellatio his casibus non saltem operetur effectum devolutivum; in quo aliqui cum Brun. *in loc. cit. n.* 2. distinguunt, et primo quidem casu, quo appellans vult impedire, ne testamentum aperiatur , volunt etiam hunc impediri; non vero in secundo, cum appellans vult impedire, ne scriptus haeres in possessionem inducatur : nam hoc casu eidem concedunt effectum devolutivum. Sed melius Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 76. Haun. *in treutl. vol.* 3. *D.* 33. *q.* 39. P. Vviest. *hic n.* 45. P. Schmier *process. c.* 17. *n.* 69. etiam hoc casu utrumque effectum appellationi negant, quod deducunt ex *l. quisquis cit.* ubi non solum pro-

vocans, sed etiam judex, provocationi deferens mulcta viginti librarum argenti punitur, quae poena immerito irrogaretur judici, si provocatio tali casu operaretur effectum devolutivum.

28

9. *In aliis causis non admittentibus dilationem*, ut cum pronuntiatur pro alimentis futuris inopia laboranti debitis, pro stipendiis, salariis, mercedibus famulorum praestandis, pro necessaria refectione aggeris etc. nam in his causis appellatio interposita effectum saltem suspensivum non sortitur; *l. fin. princ. ff. de appell. recip. l. abstinendum* 4. *C. quor. appell. non recip.* Bruunem. *ibid. a n.* 1. Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 77. P. Engl. *hic n.* 34. P. Vviest. *n.* 46. P. Schmier *process. c.* 17. *n.* 70.

10. *In crimine* falsae monetae; *l. quoniam* 1. *C. de fals. monet.* lesae majestatis; *l. constitutiones* 17. *ff. h. tit.* haeresis; *c. ut inquisitionis* 18. *de haereticis in* 6. raptus; *l. un. vers. sin autem in fin. C. de virg.* nam horum criminum rei, etsi ante sententiam appellare possint, non tamen possunt, postquam per sententiam sunt condemnati; Vall. *hic.* §. 4. *n.* 9.

11. Non appellat officialis v. g. notarius, nuntius, executor a suo judice condemnatus ob male gestum officium; *l. nulli* 3. *C. quor. appell. non recip.* sicut nec quilibet officialis, condemnatus in syndicatu, ad effectum retardandae executionis; Vall. *hic* §. 4. *n.* 11. ut sic officiales officio suo rite fungantur, et ab omni sorde abstineant, si videant poenam se appellationis interpositione diferre non posse.

12. Non appellatur in causa decimarum; *c. tua nobis* 26. *in fin. de decim.* si sc. parochianus non possit exemptionem ostendere. 13. a nominatione ad munera authoritate publica, utilitate privata v. g. ad tutelam; *l. siquidem* 1. §. *siquis* 1. *ff. quand. appelland.* secus, si nominatio facta sit authoritate, et utilitate publica; *l. observare* 2. *C. de decurion.* 14. a monitione, et mandato de residendo in ecclesia, quam quis obtinet; *c. pervenit* 28. *h. tit.* 15. a delegatis papae, vel alterius principis, aut magistratus supremi cum clausula, *ut appellatione remota procedant.* Verum de hoc ulterius

29

Quaeritur 3. qualis appellatio censeatur esse prohibita quando supremus princeps causam delegat cum clausula, *appellatione remota*? Videtur solum prohiberi appellatio frivola. 1. ex *cap. ut debitus* 59. *hoc tit.* ubi appellatio conceditur ex quacunque *probabili*, h. e. justa causa. 2. Ex *c. edoceri* 21. *de rescript,* ubi diserte asseritur appellari posse *ex causa rationabili*, *licet inhibita sit appellatio*. 3. Ex *ratione*; quia princeps causam ita committens non cen-

setur alicui auferre jus defensionis, quod alias jure naturali concessum est, est autem appellatio, ut saepe dictum est, species quaedam defensionis: ergo etc.

Sed dicendum per hujusmodi clausulam removeri appellationes etiam justas et rationabiles, nisi specialiter sint expresse, et permissae a jure. Ita Abb. *in c. pastoralis* 53. *hoc tit. n.* 2. Joan. Andr. *ibid. n.* 13. Fagn. *n.* 26. Perez *C. h. tit. n.* 22. Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 407. Pirh. *hic n.* 68. *et seq.* P. Vviest. *n.* 49. P. Schmier *process. c.* 17. *n.* 99. et aperte deciditur *c. pastoralis cit. princ.* Ratio est quia clausula haec, ne reputetur odiosa, debet aliquid operari. At si solam frivolam removeret, nihil operaretur; nam huic deferendum non est, etiamsi causam committens hujusmodi clausulam non adjungat: ergo etc.

30

Dixi, *nisi specialiter sint expressae et permissae a jure*. Tales autem casus plures inveniuntur. 1. Si judex nolit recipere exceptionem consanguinitatis, vel alterius justae causae, ob quam ipse tanquam suspectus recusari a parte potest; *cap. postremo* 56. *hoc tit.* 2. Si non admittat exceptionem citationis factae ad locum non tutum; *cap. ex parte* 47. *eod.* 3. Si non faciat exprimi res petitas in libello; *cap. significantibus* 49. 4. Si spoliato deneget restitutionem; *cap. ex conquestione* 10. *de restit. spoliat.* 5. Si gravamen sit notorium; quia tunc cessat praesumptio, quae pro judice stabat, sc. ipsum processurum sine injusto gravamine; gloss. *in cap.* 10. *cit.* 6. Denique in omni casu, in quo jura simpliciter concedunt appellari posse; Abb. *in cap. pastoralis cit. n.* 14. et hoc teste communiter DD. proceditque hoc etiam in iis casibus, in quibus jura non addunt, *non obstante, quod causa commissa sit cum clausula, appellatione remota*, ut idem Abb. *loc. cit.* notat.

31

Praeter haec variis modis adhuc limitari vis clausulae istius debet; nam 1. addita esse in causae commissione debet a principe supremo, qualis est solus pontifex in ecclesiasticis, imperator, rex, vel alius magistratus superiorem non recognoscens in temporalibus; quia inferior non potest tollere jus superioris judicis, ad quem appellatur; Marant. *de ord. judic. part.* 6. *tit. de appell. n.* 337. 2. Tollit solam appellationem, non supplicationem, petitionem restitutionis in integrum, et alia remedia; imo ipsam appellationem solum tollit a definitiva lata in causa principali, non autem ab interlocutoria, quae interponitur ab incidentibus, et accessoriis; Pirh. *n.* 75. *hic.* 3. Eandem appellationem tollit soli litiganti; nam tertio intervenienti non obstat, quin pro suo interesse appellare valeat, ut statuitur *c.*

super eo 15. *ff. de offc. deleg.* et merito; quia commissiones, praesertim ad lites, strictam interpretationem exigunt, et propterea ultra suos terminos ad casus, et personas non expressas extendi non debent. 4. Ipsis litigantibus solum obstat quoad articulum, in quo per talem clausulam removetur appellatio, et quoad connexos cum illo. Quoad ceteros non connexos videri debet, quo loco clausula illa sit posita: nam si in fine rescripti sit posita, extenditur ad omnia antecedentia; si vero in medio rescripti, ad antecentia tantum referri debet, nisi in fine rescripti eadem clausula repetatur; *c. inquisitioni* 71. *h. tit.* 5. Eadem clausula appellationem parti litiganti tollit solum quoad effectum suspensivum; nam quoad effectum devolutivum eandem non impedit; et hinc etsi judex *a quo* deferre eidem non teneatur, admittere tamen illam superior, ad quem appellatum est, potest de justitia sententiae prioris cognoscere, eamque rescindere, ut colligitur ex *cap. pastoralis* 53. *h. t.* et notat Abb. *ibid. n.* 13. Attentata tamen per judicem *a quo* post hujusmodi appellationem a judice *ad quem*, licet per viam querelae, non tamen nullitatis revocari poterunt, ut iterum advertit Abb. *loc. cit. n.* 15. et ratio est, quia cum per talem appellationem jurisdictio judicis *a quo* quoad causam appellationis non suspendatur, per eum acta sunt valida.

32

Sic explicata responsione, facile respondetur ad argumenta contraria. *Ad* 1. in textu *c. ut debitis cit.* non est sermo de judice dato cum clausula, *ut appellatione remota procedat*; cons. textus iste responsioni non obest. *Ad* 2. Fagn. *in cap. pastoralis cit. n.* 37. textum *cap. edoceri* putat intelligendum de appellatione ex causa per jus expressa; vel si amplius intelligendum velis, dic cum Abb. *in cap. pastoralis n.* 9. illo textu ea clausula impediri effectum suspensivum, concedi devolutivum, quod ipsum *n. praec.* concessum est. *Ad* 3. ea clausula non tollitur condemnato omnis defensio; potest enim ea non obstante, adire superiorem per viam simplicis querelae, supplicationis etc. imo et appellare, sed tantum appellationi tali negatur vis suspensiva.

33

Quaeritur 4. an, et qualiter appellare liceat a sententia judicis jurejurando causam decidendis? Resp. distinguendo inter juramentum suppletorium, et decisorium. *Si decisa sit ex juramento suppletorio*, haud dubie datur locus appellationi ex parte partis gravatae; *arg. l. generaliter* 12. §. *fin. autem* 2. *vers. ipse autem C. de reb. credit. et l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. Si vero decisa sit ex juramento decisorio litis*; discrimen faciendum est inter eum, qui detulit, et eum, cui delatum est. *Prior* appellare non potest, ut expresse statuitur §.

sive autem 3. et tradit *ibid.* gloss. *V. detulit.* Ratio ponitur *loc. cit.* quia ut *ibid.* ait imperator, *nimis crudele est, parti, quae hoc detulit, propter hoc ipsum, quod judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem. Posterior* appellare potest, et si probaverit causam justam, ob quam recuset praestare, ad quod ex tali sententia condemnatus est, sententia a judice appellationis emendabitur; §. *fin. cit.* Pirh. *hic n.* 64.

34

Dubium est, an si is, cui juramentum defertur, adversario suo illud referat, isque juret, et ejus juramentum secutus judex ipsum, qui retulit, condemnet, hic appellare possit. Affirmat Imol. *in cap. fin. de jurejur. n.* 4. rationem dat; quia is, qui juramentum detulit, sponte elegit hanc viam, ut jurejurando causa definiretur, adeoque appellare non potest; is vero, cui defertur hoc juramentum, non sponte illud refert deferenti, sed necessitate quadam compulsus, ne videlicet ipse jurare cogatur, vel solvere.

Sed contrarium non improbabiliter tenent Fach. *l.* 1. *contr. c.* 23. Pirh. *hic n.* 64. Konig *n.* 28. quia etiam referens sponte eligit hanc viam; ut juramento adversarii causa decidatur, cum liberum ipsi fuerit jurare, et sic testimonio ac juramento suo causam decidere. Accedit, quod juramentum hoc judiciale speciem transactionis habeat, contra quam appellare, vel supplicare non licet; *l. causas* 16. *C. de trans.*

35

Quaeritur 3. an etiam in minoribus causis admitti debeat appellatio? *Ratio dubitandi est*, quia de minimis regulariter non curatur, nec eorum habenda est ratio; *l. siquis* 9. §. *fin. et l. seq. ff. de dol. mal.* Verum haec regula solum procedit in remediis extraordinariis, non autem in ordinariis; nam ordinaria juris remedia etiam in rebus modicis conceduntur; *l. si siquis* 1. §. *illud* 10. *ff. de conj. cum emancip. liber. et l. quamvis* 13. *ff. ut in posses. legator. etc.*

Dicendum igitur, spectato jure communi, etiam in causis minimis deferendum esse appellationi. Ita statuitur *c. de appellationibus* 11. *h. t. et l. et in majoribus* 20. *C. eod* Ratio est, quia appellatio conceditur propter injustitiam, aut imperitiam judicis, ex qua aliquis gravatur; *l. appellandi* 1. *ff. h. t.* atqui injustitia, et gravamen potest accidere etiam in modica causa, sicut in magna; modicum enim non differt a magno, quando illud non est fundatum super quantitate rei, sed super iniquitate, et injustitia gravaminis; et hinc etiam ob modicam rem ablatam datur actio furti, quod in hoc non res furto ablata, sed furantis mens attendatur.

Dixi *spectato jure communi*; nam novissimo jure per *recessus imperii de anno* 1645. §. *vieldtens* 112. causae minores tum demum appellationem recipiunt, quando summa non est infra 400. imperiales; Gail. *l.* 1. *obs.* 123. Fleck *in biblioth. t.* 67. *n.* 33. *et seqq.* P. Engl. *hic n.* 33. P. Schm. *process. c.* 17. *n.* 72.

§. IV.

De judice, a quo, et ap quem appellatur, vel non appellatur.

SUMMARIUM

36

Quaeritur 1. a quo judice appellari possit? Resp. Regulariter appellari potest ab omni judice, qui sententiam tulit; nec tantum a delegato, sed etiam ab ordinario; *can. omnis* 3. *et can. ad romanam* 8. *caus.* 2. *quaest.* 6. *l. praecipimus* 32. §. *haec si* 3. *C. h. t.* Ratio est, quia appellatio est species quaedam defensionis, quae datur oppressis contra injuriam judicis; *l. appellandi* 1. *princ. ff. h. t.* igitur permissa esse debet ab omni judice, qui gravamen injustum inferre potest; neque facit injuriam judici, qui ab ejus sententia appellat; *l. et in majoribus* 20. *C. hic.* Dixi autem, *regulariter*; nam

plures sunt judices, a quibus vel simpliciter, vel in certis causis non permittitur appellatio. Talis est

37

1. Papa, imperator, vel alius princeps, aut magistratus in temporalibus superiorem non recognoscens; *can. ipsi sunt* 16. *et can. cuncta* 17. *caus.* 9. *q.* 3. *l. tractandum* 1. §. *et quidem* 1. *ff. a quib. appell. non licet.* Ratio est, quia de substantia appellationis est, ut fiat ab inferiore ad superiorem, cum par in parem, et inferior in superiorem potestatem non habeat, vel jurisdictionem, ut illius factum, vel errorem corrigere possit, qui autem nullum recognoscit superiorem, majorem non habet: ergo etc. *Excipitur*, nisi sententia principis saecularis contineat manifestam iniquitatem; tunc enim appellari posset ad papam; *arg.* glos. *in c. ex transmissam* 6. *de for. compet.* quia papa ratione peccati omnium talium principum est judex competens. Ab ipso vero papa ad neminem datur appellatio, ne quidem ad concilium generale futurum; sed ita appellantes, et ii, quorum auxilio, et favore ad hoc provocatur ipso facto incurrunt excommunicationem latam a Pio II. *constit.* incipit *execrabilis*, *edita calend. Febr.* 1459. confirmatam a Julio II. *constit.* incipit *suscepti*, *edita calend. Jul.* 1509. et reservatam sedi apostolicae in *bulla caenae cas.* 2. *Proceditque hoc*, sive sententia a pont. lata sit justa, sive injusta; quia bulla indistincte loquitur, et fundatur non in eo, an causa, in qua appellatur, sit justa, vel injusta, sed in eo solum, quod sit appellans videatur profiteri concilium esse superius papa, et sic sedi apostolicae injuriam faciat.

38

2 Appellari non potest in rep. ecclesiastica a sententia concilii generalis legitime congregati, et capiti suo uniti; quia illud repraesentat universam ecclesiam, a qua appellare non licet; *l. nemo* 4. *C. de summ. Trinit.* Item a sententia totius collegii cardinalium, et ultima Rotae Romanae. In statu politico autem appellatio non permittitur a supremis tribunalibus imperatoris, et regum parlamentis; quia in his eminere censetur authoritas ipsorum principum supremorum, quorum nomine instituuntur haec tribunalia, et proferuntur sententiae; Tholosan. *lib.* 5. *partit. jur. canon. tit.* 15. *c.* 73. Maraut. *p.* 5. *tit. de appell. n.* 251. Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 338. Vall. *hic* §. 5. *n.* 3. Pirh. *n.* 81. Vviest. *n.* 59.

39

3. Ex privilegio in imperio romano appellari non potest a sententiis quorundam principum; quales sunt electores S. R. I. archiduces, duces Burgundiae, Saxoniae, Vvurtenbergiae etc. Verum hoc privilegium non respectu omnium aequale est, sed in aliquibus

magis amplum, in aliis magis restrictum: de quo late Blumius *process. cam. tit.* 47. *per totum.*

40

4. Ab episcopo, cujus jurisdictio fuit prorogata; *l. episcopale* 8. *C. de episcop. audient.* ubi statuitur, si aliqui, videlicet laici, non subditi jurisdictioni episcopi, in causis civilibus episcopo se committant, appellationi locum non esse: quod speciale est in episcopo propter dignitatem ejus episcopalem; nam secus obtinet in alio judice prorogato, vel dato ex consensu communi partium; ab his enim appellari potest, ut constat ex *c. causam* 14. *de sent. et re judic. et l. ex consensu* 34. *princ. ff. h. tit.* Abb. *in c. causam cit. n.* 2. Vallens. *hic* §. 3. *n.* 4. Pirh. *num.* 80. Ratio est, quia etsi eo casu partes videantur approbasse personam judicis, non tamen sententiam ferendam, quam ignorabant.

41

5. Ab arbitro; ubi tamen distinguendum est inter arbitrum juris, et compromissarium; nam ab *arbitro juris*, seu illo, qui ex juris praescripto ab ipsis partibus litigantibus electus est, appellari potest; *c. ab arbitris* 11. *de offic. deleg. in* 6. non vero potest ab arbitro compromissario, ut dictum *lib.* 1. *tit.* 43. *de arbitr. n.* 32. *et seqq.*

42

Quaeritur 2. coram quo judice sit appellandum? Resp. Regulariter appellatio interponi debet coram judice, qui tulit sententiam; alioquin invalida est, et nec effectum suspensivum, nec devolutivum habet: gloss. *in c. appellatio* 9. *V. judici hoc tit. in* 6. Guttier. *pract. qq. l.* 1. *q.* 102. *n.* 1. Barb. *in c. fin. h. tit. n.* 17. Vall. *hic* §. 5. *n.* 2. Pirh. *n.* 83. Ratio est, quia illi innotescere debent, ne ulterius procedat, et si processerit, revocentur per eum acta, tanquam attentata.

43

Dub. 1. coram quo judice appellandum, si appellatio coram judice *a quo fieri* nequeat, eo quod ejusdem copia haberi non possit? Resp. tunc appellandum coram judice *ad quem*, si hujus copia haberi possit; si vero nec hujus copia haberi potest, appellari potest coram viris honestis, vel etiam uno honesto, adhibitis ei testibus, vel coram notario, qui testibus adhibitis, conficiet super eo instrumentum, quod nim. coram ipso appellatum fuerit in praesentia talium testium. Sumitur ex *can. biduum* 26. §. *siquis caus.* 2. *q.* 6. et *l. siquidem* 1. §. *siquis* 10. *ff. quand. appelland.* Ubi tamen duo sunt advertenda: *unum* est, ut si appellatio fiat in absentia judicis *a quo*, haec postea eidem intimetur, nisi vel aliunde jam

notitia illius ad ipsum pervenerit, vel idem metus, qui excusabat ab interpositione appellationis coram ejusmodi judice, etiam excuset ab intimatione coram eodem facienda; Vallens. *hic* §. 5. *n.* 2. *Alterum*, ut casu, quo pars appellaverit in absentia utriusque judicis, coram notario, vel alio viro honesto, coram iisdem protestetur, quod coram judice *a quo*, vel ad *quem* appellasset, si alterutrius copia, seu praesentia commode haberi potuisset; Abb. *in c. fin. hoc tit. n.* 4. Franc. *ibid. n.* 3. Vallens *loc. cit.*

44

Dub. 2. coram quo appellandum, si a duobus, vel pluribus judicibus pronuntiata sententia fuit? Resp. Tunc coram omnibus simul congregatis appellatio fieri debet: si vero omnium copia simul haberi facile nequit, appellari potest coram singulis separatim, vel coram majore parte eorum; et tunc valebit appellatio, acsi coram omnibus judicibus praesentibus fuisset appellatum; *Clem. si a judicibus* 1. *hoc tit.* Ratio est, quia alias saepe non fieri appellatio intra 10. dies a jure concessos, cum saepe omnes judices simul haberi praesentes nequeant. Sufficit autem major eorum pars; quia quod fit a majore parte, censetur factum ab omnibus; *cap. cum in cunctis* 1. *de his, quae a majori etc. et l. quod major* 19. *ff. ad municipal.* Quodsi majoris partis judicum praesentia haberi nequeat, sufficiet appellare coram eo, vel iis, cujus, vel quorum copia haberi potest. Si nullus ex iis praesens reperiri possit, appellandum erit coram judice *ad quem*; si vero neque istius possit haberi copia, appellabitur coram honestis personis, ut dictum est ad *dub. praec.* Coram quocunque autem appellatio facta sit, intimari judici, vel judicibus *a quo* debet, si facile id fieri possit, ne ulterius procedant, ut dictum est *n. praec.*

45

Dub. 3. quid faciendum, siquis justo, seu probabili metu, eoque gravi, seu cadente in constantem virum impediatur, quo minus a sententia contra illum lata appellet? Resp. Is coram judice *a quo* protestari potest, quod ob talem causam, seu gravamen appellare vellet, nisi prohiberetur: vel si coram illo judice protestari non potest, quia vel non audet, vel ejus copiam habere non potest, tunc protestationem istam facere potest coram honestis viris, causa appellationis expressa: habebitque haec protestatio, modo intra tempus, quo licite provocatur coram judice *a quo*, facta illa sit, eundem effectum, quem appellatio; *c. fin. hoc tit. et* gloss. *ibid. in casu.* Dixi, 1. *justo, seu probabili metu, eoque gravi*; nam si levis tantum sit metus, nec cadens in virum constantem, non sufficit: sufficit tamen, si gravis sit, etsi metum passus forte sua cul-

pa causam eidem dederit; Abb. *in c. fin. cit. n.* 1. Dixi 2. *protestari debet*, ne videatur omisisse appellationem per negligentiam; Abb. *loc. cit. n.* 2. Similis protestatio fieri debet, quando gravamen passus alio impedimento prohibetur, quo minus appellet; Pirh. *hic n.* 87. *Coroll.* 2. Dixi 3. *intra tempus, quo licite provocatur*, videlicet decendium; nam aequivalet appellationi, et ideo quoad hoc naturam illius induit.

46

Quaeritur 3. ad quem judicem sit appellandum? Resp. Appellandum est a judice inferiore ad superiorem, et regulariter quidem gradatim ad proximum, et immediatum, non, isto praeterito, ad mediatum; *c. dilecti* 66. *hoc tit. c. romana* 3. *eod. in* 6. *l. imperatores* 21. *princ. ff. et l. addictos* 29. *C. tit. cit.*

Dixi 1. *ab inferiore ad superiorem*; quia superioris est corrigere factum, vel errorem inferioris, non contra; *c. cum inferior* 16. *de majorit. et obed.* adeo, ut ne quidem consuetudine induci possit, ut ad minorem, vel parem fiat appellatio; quia consuetudo inducens, ut minor in majorem, vel par in parem jurisdictionem habeat, non valet; Vallens. *hic* §. 6. *n.* 1.

Dixi 2. *Gradatim*, ne sc. jurisdictiones confundantur, et ne judex immediatus per contemptum praeteritus videatur, atque ut partium laboribus, atque expensis parcatur; Vivian. *in c.* 66. *cit.* Vallens. *n.* 1. *cit.* Pirh. *n.* 88. Quodsi tamen praeterito proximo judice, appellatio fiat ad judicem mediatum, ea per hoc probabilius non fit irrita, sed valet, si pars adversa, contra quam appellatum est, nihil opponat, ut colligitur ex *c. dilecti cit.* ibi *excipiendo*, et tradit *ibid.* gloss. *V. post hujusmodi*, Abb. *n.* 7. Vivian. *in ration.* Vall. §. 6. *cit. n.* 5. Pirh. *n.* 89. Wiest. *n.* 63. Ratio est, quia tunc utraque pars litigantium in appellationem consentire, et jurisdictionem prorogare censetur in judicem superiorem, et mediatum; neque enim, ut appelletur gradatim ad proximum, de substantia appellationis est.

Dixi 3. *Regulariter*; nam plures sunt casus, in quibus ob specialem rationem ad superiorem judicem mediatum, omisso medio, seu proximo appellari potest; de quibus *n.* 50. *et seqq.* Interim

47

Dub. 1. qualis ordo in appellando servari debeat in foro ecclesiastico? Resp. in hoc foro 1. Ab archidiaconis, archipresbyteris, et similibus judicibus episcopo subjectis appellari debet ad episcopum, et sede vacante ad capitulum, vel utriusque vicarium generalem; *c. romana* 3. §. *ab archidiaconis* 1. *hoc tit. in* 6. Ratio est, quia episcopus, et hujus sede vacante capitulum est proximus superior, et or-

dinarius judex suorum subditorum; cumque vicarius generalis sit eadem moraliter persona cum episcopo, vel capitulo, cujus est vicarius, sequitur etiam ad hunc appellari posse a sententia judicum inferiorum. Unde cum *c. referente* 7. *de praebend.* omisso episcopo statim provocatum est ad archiepiscopum, est casus specialis, vel quia sic habebat consuetudo illius ecclesiae, ut vult gloss. *ibid. V. appellavit*: vel ita pars adversa permisit, ut *ibi* advertit Abb. *n.* 4. vel potius, quia archidiaconus ille intra fines archidiaconatus sui exercuit jurisdictionem quasi episcopalem episcopo non subordinatam, ut *c. dilecti* 66. *h. tit.* explicat Gonzal. *n.* 10.

48

2. Ab episcopo, et sede vacante a capitulo, atque amborum vicario generali appellatur ad archiepiscopum; *c. pastoralis* 11. *princ. de offic. ord. c. dilecti cit.* et *c. romana* 3. §. *debet* 8. *eod. in* 6. Ratio est, quia archiepiscopi sunt immediati superiores episcoporum, adeo, ut istorum principes vocentur; *can. cleros* 1. *vers. omnes autem dist.* 21. *Neque obstat*, quod recusato vicario episcopi, recusationis causa coram episcopo, non archiepiscopo proponenda, et probanda sit; *c. si contra* 4. *in fin. de offic. deleg.* ut adeo videatur etiam coram hoc proponenda causa appellationis, cum appellatio, et recusatio aequiparentur; *c. super eo* 12. *h. tit.* nam etsi in multis conveniant, in hoc tamen differunt, quod appellatio necessario fiat ad tribunal superius, quale respectu vicarii generalis non est tribunal episcopi, cum utriusque sit idem tribunal.

49

3. Ab archiepiscopis appellatur ad proprium patriarcham, vel primatem, cui illi parent; ab hoc ad sedis apostolicae legatum, qui immediate ipsi praeest; ab isto demum ad ipsam sedem apostolicam, seu romanum pontificem, qui solus ejusdem superior est; Gonz. *in c. si duobus* 7. *h. t. n.* 5. 6. *et* 9. ubi utiliter monet, appellatione facta ad papam, causam examinari ab auditore camerae apostolicae; nam hic judex ordinarius est omnium appellationum, quae interponuntur a sententiis per quoscunque latis extra curiam, ex concessionibus Gregorii XV. Innoc. VII. Pii IV. et Pauli V. *Excipitur*, si causa hujusmodi spiritualis sit, e. g. beneficialis, matrimonialis etc. nam harum cognitio spectat ad signaturam justitiae, et auditores sacrae Rotae.

50

Dub. 2. quibus casibus appellari possit, non observato ordine? Resp, cum distinctione inter jus civile, et canonicum. *Jure civili*, praetermissis judicibus intermediis, immediate provocare ad imperatorem non licet; *l. imperatores* 21. *ff. h. t. l. addictos* 29. *C. eod.*

Perez *C. dict. tit.* Konig. *n.* 49. *et seq.* ubi cum aliis excipit 1. si agatur causa pupilli, vel alterius miserabilis personae; nam hi a quovis inferiore judice immediate possunt appellare ad summum principem; *l. un C. quand. imperat. int. pupil.* 2. Si appellans sit studiosus; nam hos imperator; *auth. habita C. ne filius pro patre*, singulari beneficentia ab omni injuria defendere constituit, ita, ut et ipsi, omissis quibuscunque judicibus intermediis, ad ipsam imperatoriam majestatem immediate provocandi licentiam habeant, teste Harpr. *in proces. tit. de appellat. concl.* 74. cum pluribus *ibi cit.* 3. si judex intermedius, seu proximus palam, et evidenter deneget justitiam; Pirh. *hic n.* 90. 4. si aperte sit inhabilis ratione suspicionis, excommunicationis, vel alterius defectus; Pirh. *l. cit.* 5. si absens, vel alio impedimento diuturno e. g. captivitatis detentus sit; Pirh. *l. cit.* 6. Si superior conveniat subditum inferioris coram isto sequendo forum rei; tunc enim non appellatur ad superiorem, qui pars litigans est, ne hic sit judex in causa propria. 7. denique si consuetudo legitime praescripta permittat, ut ad superiorem omisso medio, appelletur.

51

Jure pontificio facultas non observandi ordinem *a n.* 47. praescriptum est non parum amplior. Nam 1. a quolibet inferiore judice in causis fori ecclesiastici, vel etiam saecularis quoad eos, qui subsunt temporali dominio ecclesiae, immediate, omissis intermediis judicibus; appellari potest ad summum pont. *can. siquis vestrum* 3. *et quatuor seq. item can. quoties* 16 *etc. caus.* 2. *q.* 6. *c. si duobus* 7. *c. de priore* 31. *c ad audientiam* 34. *etc. h. t. Excipitur* casus, quo appellatur a subdelegato delegati papae qui subdelegavit non in totum, sed aliquid sibi reservando; tunc enim eum delegatus papae repraesentet personam ejusdem, non debet appellari ad ipsum papam, sed ad delegantem; *c. super* 27. §. *porro de offic. deleg. etc. si delegatus* 7. *eod. in* 6. 2. praetermissis judicibus intermediis appellari immediate potest ad legatum pontificium, existentem in provincia sibi decreta, ut ex *c. cum non* 1. *de l. offic. legat.* colligit Abb. *in c.* 66. *h. t. n.* 12. Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de appel. n.* 371. Vall. *hic* §. 6. *n.* 3. Pirh. *n.* 90. Vvies. *n.* 75. Ratio est, quia gerit vices papae, concurrit cum quolibet ordinario in provincia sibi decreta. 3. ex speciali sedis apostolicae privilegio, immediatis judicibus omissis, appellari immediate potest ad quatuor patriarchas majores in provinciis illorum jurisdictionis subjectis; *c. antiqua* 23. *de privil.* cujus textum ambiguum quidem reddere cum aliis vult Ant. de Butrio *ibid. n.* 11. quod eo textu pontifex quidem concesserit ad patriarchales illas in provinciis suis provocari posse, non autem addiderit, id fieri posse, omissis judicibus intermediis. Sed non erat

necesse hoc addere; quia subintelligendum constat ex eo, quod pontifex hac sua constitutione voluerit sedes illas quoad appellationem speciali praerogativa ornare, quam tamen accipissent nullam, si ad eos appellandum esset gradatim. 4. ratione exemptionis: nam si episcopus, vel alius praelatus exemptus, et sedi apostolicae immediate subjectus sit, ab eo, non ad metropolitanum, sed ad papam appellandum est; Tholosan. *de appell. l.* 4. *cap.* 3. *n.* 17. 5. denique ex alia speciali causa.

52

Tales praeter eas, quae *n.* 50. recensitae sunt, plures enumerantur 1. si episcopus, vel alius praelatus ecclesiasticus jurisdictionem temporalem ab imperatore, vel alio principe saeculari accipit in feudum; tunc enim in causis civilibus ab ipso non ad archiepiscopum, sed ad imperatorem, vel alium dominum feudi, etiam laicum, appellari debet; *c. ex transmissa* 6. *et c. seq. de for. compet. cap. Romana* 3. §. *debet* 8. *et ibi* glos. *V. jure alio h. t. in* 6. Itemque dicendum, si is, qui concessit jurisdictionem episcopo, sibi jus appellationum reservavit; glos. *V. cit. in addit.* 2. si in eadem causa concurrat ordinarius, et delegatus papae; nam eo casu non ad superiorem ordinarii, sed ad papam est recurrendum, quia delegata jurisdictio dignior est, ideoque trahit ad se jurisdictionem ordinariam, velut minus dignam; Anchar. *in c. si duo* 3. *de offic. deleg. in* 6. *not.* 3. Abb. *in c.* 27. *tit. eod. n.* 5. Pirh. *ib. n.* 117. Idem sit, quando judex ecclesiasticus, et saecularis simul cognoscunt; quia tum appellatio deferri debet ad superiorem ecclesiasticum veluti digniorem, ut docet Bartol. *in lib.* 1. §. *siquis n.* 13. *ff. h. t.* 3. Si concurrat jurisdictio mediata, et immediata, ut si appellatur a subdito archidiaconi subjecti episcopo: tunc enim appellari potest vel ad archidiaconum, vel ad episcopum pro arbitrio appellantis; nam archidiaconus non facit gradum cum episcopo, sed ambo simul concurrunt; Abb. *in c.* 66. *h. t. n.* 14. Alex. *ib. n.* 25. *in cas.* 9. 4. Si episcopus litiget cum suo subdito; tunc enim eligendi sunt arbitri, a quorum sententia non appellatur gradatim, sed ad papam; Abb. *n.* 14. *cit.* Marant. *tit. de appel. n.* 376.

53

Dub. 3. ad quem appellandum sit a sententia judicis delegati? Resp. In his distinguendum est, an judex, qui sententiam tulit, sit delegatus a primo delegante, an subdelegatus ab alio delegante. *Si primum*, appellandum est ad delegantem, vel ejus in officio successorem, non ad alium illius superiorem; *arg. l. quod dicitur* 4. *princ. et l. fin. ff. quis, et a quo appellet. l. imperatores* 21. §. *iidem* 1. *ff. h. t.* Ratio est, quia tametsi ordinarius totam causam deleget; non

tamen potest a se totam suam jurisdictionem abdicare, cum eam propriam, ac stabilem habeat, igitur ad eum a delegato appellari potest. *Excipitur*, nisi ordinarius delegans causam delegaret, quia suspectus est; nam tunc non ad ipsum, sed ad immediatum ipsius superiorem appellabitur; Vall. §. 6. *n.* 6. *hic.*

Si secundum, multum refert, an delegatus totam causam subdelegaverit, ita, ut nihil jurisdictionis in ea sibi reservaverit, vel an non subdeleget totam, sed aliquid sibi reservet. *Si prius*, a subdelegato non ad delegatum, sed ad primum delegantem est appellandum; *cap. super* 27. §. *porro de offic. deleg.* Ratio est, quia totam causam subdelegando sine reservatione desinit esse judex, et jurisdictionem a delegante acceptam amittit, neque illam per appellationem recuperat, cum partes eam interponentes ipsam conferre nequeant. *Si posterius* a subdelegato appellabitur ad delegatum; §. *porro cit. c. si delegatus* 7. *vers. ad eum, et c. si a delegato* 14. *de offic. deleg. in* 6. Ratio est, quia tali casu subdelegans adhuc judex manet illius causae. *Excipitur,* si subdelegans mortuus, vel excommunicatus, diu absens vel aliter impeditus foret; nam eo casu, ne lis cum partium praejudicio nimis diu protendatur, appellatio fieri deberet ad primum delegantem, ut statuitur *cap. si is cui* 10. *eod. in* 6. Similiter ad delegantem primum interponenda est a judice delegato, cui causam sibi delegatam subdelegarunt condelegati, ne si ad ipsos appellaretur, partialiter appellatio fiat ad ipsum judicem, a quo appellatio interponitur. Vide P. Vvies. *hic* n. 72. *et duob. seq,*

54

Controversia est, an si episcopus alicui causam deleget, ab hoc appellari possit ad vicarium generalem illius? Negant Jo. Andr. *in c. si contra* 4. *de offic. deleg. in* 6. Abb. *in cap.* 66. *h. t. n.* 3. quod episcopus, dum causam alteri specialiter delegat, hoc ipso eam videatur tollere a jurisdictione vicarii. Verisimilius tamen est etiam hoc casu provocari ad vicarium posse, prout docet Alex. de Nevo *in cap.* 66. *cit. n.* 9. *et* 10. et sequuntur Pirh. *hic. n.* 95. Vvies. *n.* 67. Rationem dant, quia vicarius generalis idem cum episcopo tribunal habet: unde cum hic appellationem possit recipere, etiam ille poterit, nisi aliunde constet, quod episcopus omnino voluerit causam alteri specialiter delegatam removere a jurisdictione vicarii, quod in dubio non est praesumendum, modo causa talis sit, quae alias ad vicarii officium pertinet. *Ad argumentum* contrarium, aliud est subtractam esse jurisdictionem in prima instantia, aliud in secunda; igitur ex hoc, quod causae cognitio subtracta per delegationem alteri facta sit vicario in prima instantia, non sequitur eam etiam subtractam in secunda, cum a diversis non sit bona illatio; *arg. l.*

inter stipulantem 83. §. *sacram* 5. *vers. sed haec dissimilia sunt ff. de V. O.*

55

Dub. 4. quid juris, si uterque litigantium appellet ad diversos judices super eadem causa, seu negotio, e. g. unus ad archiepiscopum, alter ad papam? Resp. eo casu videndum, an inferior, e. g. archiepiscopus ad quem unus litigantium appellavit, sciat, alterum appellasse ad alium superiorem, an vero hoc ignoret.

Si primum, judex inferior, ad quem alter litigantium appellavit, non amplius potest procedere in ea causa, sed appellatio, quae interposita est ad superiorem, praevalere debet ei, quae interposita est ad inferiorem; quia potestas et jurisdictio superioris absorbet jurisdictionem inferioris; *arg. l. contra* 54. §. *is qui* 1. *ff. de re jud.* Neque opus est eo casu, ut appellans ad superiorem alleget se appellasse; qui enim aliquid scit, de eo amplius certiorari non debet; glos. *in c. si duobus* 7. *V. nisi cognoverit h. t.*

56

Si secundum, appellans ad superiorem comparere coram inferiore, ad quem alter litigantium provocavit, debet, si ab hoc citetur, et appellationem suam allegare; alioquin inferior judex poterit contra eum jure procedere; *cap. si duobus cit.* Ratio est, quia judex inferior, seu immediatus appellationis per se habet jurisdictionem in hanc personam, et causam, nisi elidatur per exceptionem appellationis ad superiorem; igitur quamdiu non ita eliditur, valide procedit judex inferior, et adversarium citat, et cons. hic, si non compareat, constituitur contumax; *l. ex quacunque* 2. *ff. siquis in jus vocat.*

Excipitur, si appellatum sit a sententia, quae continet plura capitula separata, et non connexa; nam tali casu, si unus litigantium ratione unius, alter ratione alterius provocaverit, utraque appellatio tenet, nec una elidit alteram: quia sunt appellationes separatae, et distinctae, factae a diversis sententiis; nam tot esse censentur sententiae, quot sunt capitula diversa, et non connexa; Barb. *in cap. si duobus cit. n.* 2. Pirh. *hic n.* 97.

57

Dub. 5. an validum sit statutum, vi cujus a superiore judice provocari potest ad inferiorem? Negant DD. non pauci quod adversetur naturae appellationis, quae majorem jurisdictionem exigit in eo ad quem ipsa interposita provocatur; *l. appellandi* 1. §. *siquis* 3. *ff. h. t.* Alii tamen cum Hannio *in treutel. vol.* 2. *D.* 33. *q.* 4. Haun. *to.* 5. *tr.* 5. *n.* 274. Vvies. *hic n.* 5. putant hujusmodi statutum, si a superiore conditum, ejusque authoritate promulgatum sit, validum esse; quia non repugnat, ut is, qui alias superior est, in causa ap-

pellationis propria sua voluntate inferior sit seque subjiciat ei, in quem alias imperium habet; *l. est receptum* 14. *ff. de jurisd.* Illustre exemplum exhibet bulla aurea *tit.* 5. §. *fin.* ubi imperator, quem omnibus principibus superiorem esse nemo ambigit, quoad proprias causas, et lites electoris palatini jurisdictioni, vel potius, ut saniores publicistae explicant, arbitrio se subjecit.

§. V.

De forma, et modo appellandi

SUMMARIUM

58 59 60 *Quomodo appellandum a sententia definitiva?*
61 62 63 64 *Quomodo ab interlocutoria?*
65 *Quibus verbis fieri appellatio debeat?*
66 *An valeat appellatio generalis?*
67 *Quoties licitum sit appellare?*
68 *An judex ad quem cognoscere de causa principali possit, omisso, vel non finito prius articulo appellationis interpositae ab interlocutoria?*
69 *An habens legitimam exceptionem adversus mandatum judicis, possit ab eo appellare, non proposita prius exceptione?*

58

Quaeritur 1. quomodo appellandum sit a sententia definitiva? Resp. 1. interest, an appellatio statim, et in continenti fiat, an vero post intervallum; nam *si fiat in continenti*, h. e. judice adhuc pro tribunali sedente, vel eo nondum ad actus extraneos divertente, fieri potest viva voce, et stante pede, ut loquuntur; sufficitque tunc dicere *appello*, vel *provoco*, ut habetur *l. sed si* 2. *ff. h. t.* quod mox in acta a notario referri debet; *c. quoniam* 11. *de probat. Si vero ex intervallo fiat appellatio,* debet fieri in scriptis, porrecto libello appellatorio; *l. a sententia* 5. §. *fin. ff. h. t. l. eos qui* 6. §. *fin. et ibi* glos. *V. libellos C. eod. Excipiuntur* causae breviores, aut levioris momenti, nam in his etiam ex intervallo viva voce appellari potest; Vvesemb. *ff. h. t. n.* 9. Vall. §. 9. *n.* 1. Pirh. *n.* 122. Vvies. *n.* 82.

59

2. In libello appellatorio exprimi debet, quis appellet, contra quem, et a qua sententia; *can. post appellationem* 31. §. *ego caus.* 2. *quaest.* 6. *l. appellandi* 1. §. *fin. ff. h. t.* Mar. *de ord. jud. p.*

6. *tit. de appel. n.* 130. Omitti in eo possunt 1. nomen judicis *ad quem*; quia censetur appellatum ad eum, ad quem de jure provocari debet; Vall. *hic* §. 8. *n.* 3. 2. Nomen judicis *a quo*, quamvis in usu sit illud exprimere; Vallens. *l. cit. n.* 2. et colligitur ex §. *fin. cit.* ubi nulla fit de judice *a quo* mentio. 3. Allegatio causae appellandi in specie, sed sufficit, si appellans in genere dicat se gravatum esse, vel sententiam esse injustam, vel si dicat *appello*; Vall. §. 9. *n.* 4. Pirh. *hic n.* 123. et colligitur *arg. l. sed si ff. h. t.* et ratio est, quia tunc frustra allegaretur causa in specie, cum judex *a quo* de illa cognoscere non debeat; quippe jam functus officio suo. *Excipitur* si appellatio fiat in casibus a jure, vel ab homine prohibitis; nam cum eo casu appellans habeat juris praesumptionem contra se, non tenetur judex appellationi ejus deferre, nisi alleget causam rationabilem, ob quam cesset ista praesumptio; glos. *in c. romana* 3. §. *autem V. mandatur h. t. in* 6.

60

3. Qui appellat a sententia definitiva tametsi aliquam appellandi causam exprimat, tamen alias etiam causas non expressas coram judice appellationis prosequi potest, imo etiam nova instrumenta, vel novos testes producere, et prius non allegata allegare, et non probata probare, dummodo dependentia sint, seu inservientia ad causae decisionem; *c. Joannes* 10. *de fid. instr. l. eos qui* 6. §. *siquid autem* 1. *C. h. t. l. per hanc* 4. *C. de temp. appel. et ibi* Bart. *n.* 3. Vall. §. 9. *n.* 6. Pirh. *n.* 124. Quo differt appellatio a sententia definitiva ab ea quae interponitur a sententia interlocutoria; in hac enim regulariter justificari appellatio interposita nequit ex novis, et de novo probandis, ut mox dicetur *n.* 64.

61

Quaeritur 2. quomodo sit appellandum a sententia interlocutoria vel gravamine extrajudiciali? Resp. distinguendo inter sententiam interlocutoriam simplicem, et eam, quae vim definitivae habet. *In appellatione ab hac posteriore* idem observandum, quod in appellatione a definitiva, quia haec sententiae definitivae per omnia aequiparatur, non solum quoad formam, et effectum interponendae appellationis, sed etiam quoad alios juris effectus; paria enim sunt sententiam esse definitivam, et habere vim definitivae; Gail. *l.* 1 *obs.* 130 *n.* 5.

62

Si appelletur a sententia interlocutoria simplici, tria haec requiruntur 1. Debet fieri in scriptis, porrecto libello appellatorio; *c. cordi* 1. *princ. h. t. in* 6. Proceditque hoc, sive appelletur in continenti, sive ex intervallo; nam semper in scriptis porrigenda est appellatio ab interlocutoria, ut notat glos. *ibid. V. interlocutoria.* Vall.

hic §. 9. *n.* 2. Pirh. *n.* 109. Vvies. *n.* 89. An id verum sit de omni appellatione interlocutoria, an vero de interposita solum ad papam, DD. dissident, dum aliqui apud Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 362. affirmant primum, alii *constitutionem cit.* ad secundum limitant; quorum sententia videtur verior, ex ratione quia constitutio illa quoad hunc articulum est odiosa, utpote correctoria juris civilis, quod juxta *l. sed si* 2. *et ibi.* glos. *V. eod. ff. h. t.* appellationem apud acta viva voce interpositam admittit indistincte; cons. restringi potius, quam extendi debet.

63

2. Debet in ea exprimi causa appellationis; *c. cordi cit. princ. c. ut debitus* 59. *h. t.* Porro causa ejusmodi allegari debet legitima, et rationabilis, atque in specie, ut notat Vall. §. 9. *n.* 5. etsi notoria sit; Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de appell. n.* 154. alias eidem, tanquam irritae, deferre judex non tenebitur. Ratio expressionem hanc requirendi fuit, ut debitus honor deferatur judici *a quo*; nam cum iste revocare interlocutoriam possit, et cons. fieri queat, ut ab eodem, expressa causa rationabili, justitiam consequatur appellans, non debet permitti appellans, ab eodem recedere, non expressa causa. Dicitur autem causa rationabilis, quandocunque judex gravat contra jus scriptum, vel denegat juris beneficium, ut si neget restitutionem spoliato, priusquam de proprietate cognoscat etc. Val. *n.* 5. *citt.*

64

3. Appellatio ab interlocutoria justificari nequit ex novis, et de novo probandis, sed solummodo ex causis, quae in ipsa appellatione nominatim expressae sunt; *c. cum causam* 62. *hoc tit. et Clem.* 5. *eod.* junct. gloss. *ib. V. dummodo.* Estque hoc verum, etiamsi aliae causae notorie faverent appellanti; quia licet notorium relevat ab onere probandi, non tamen relevat ab onere allegandi; gloss. *in Clem. cit. V. alias.* Ratio est, ne si in causa variari hoc casu posset, saepe malitiose ad litis prorogationem appellationes interponerentur, et novarum causarum deductionibus protraherentur. *Procedit* autem hoc regulariter; nam triplex facienda exceptio est. 1. Si nova causa post appellationem interpositam primum orta, aut cognita fuit. 2. Si oblatas gravaminis alias causas judex *a quo* admittere noluit. 3. Si gravamen per sententiam definitivam irreparabile sit, ut si judex decerneret torturam. Plura vide apud Marant. *p.* 6. *tit. de appell. a n.* 165.

65

Quaeritur 3. quibus verbis fieri debeat appellatio? Resp. Fieri potest non tantum per verba expressa, veluti *appello*, *provoco*, sed

etiam per aequipollentia, ut siquis gravatus a judice inferiore, e. g. episcopo diceret, *committo*, vel *subjicio me judicio papae, vel alterius superioris*, prout constat ex *c. ad audientiam* 34. *hoc tit.* Ratio est, quia quando non requiritur ad actum aliquem certa verborum forma, tunc sufficit exprimere conceptum, vel effectum rei per verba aequipollentia, quod eo casu non tam verba loquentis, quam intentio ejusdem, cui verba servire debent, considerari debeant. *Conf.* a pari cum sententia, quae valet, etsi eam pronuntians non fuerit usus verbis *condemno, vel absolvo*, sed àequipollentibus, ut dictum est *tit. praec. n.* 61. *Neque obstat*, quod clerici recepti sub generali protectione papae, non ideo eximantur a jurisdictione episcopi dioecesani; *c. ex parte* 18. *de privil.* nam qui post sententiam contra se latam committit se judicio, et protectioni superioris, intendit protectionem specialem, quae vim appellationis obtinet, ut bene advertit Pirh. *hic n.* 104.

Imo non solum verbis, sed etiam ipso facto appellari potest, e. g. arripiendo iter ad superiorem appellandi causa; id enim vim appellationis habet, modo serventur ea, quae in appellatione verbis expressa servari debent; *c. dilect.* 52. *hoc tit. etc. cum olim.* 7. *de dol. et contum.* imo universim loquendo plus est aliquid factis demonstrare, quam verbis exprimere; gloss. *in c. dilecti cit. V. facto provocare.*

66

Quaeritur 4. an valeat appellatio generalis, i. e. facta super omni causa, quae contra appellantem posset aliquando moveri, vel ab omni gravamine, quod sibi posset inferri? Resp. non valere, si judicialis sit; valere autem si extrajudicialis: quod ita verum est, ut si hujusmodi extrajudicialis appellatio ex probabilibus causis facta sit, devolvatur negotium ad judicem superiorem, et omnia post hujusmodi appellationem acta per viam attentati revocentur, nec admittantur exceptiones concernentes defectum proprietatis; Alex. *in c. bonae* 51. *hoc tit. n.* 7. *not.* 5. *et n.* 8. *not.* 6. Vivian. *in c. inter cetera* 2. *eod. in ration.* Pirh. *hic n.* 107. 108. *et* 253. *pars* 1. constat ex *cap. inter cetera cit. et cap. consulit* 18. *eod. pars.* 2. colligitur *ex cap. bonae cit. et Clem.* 3. *hoc tit.* Ratio diversitatis est, quia a futuro gravamine non potest appellari judicialiter, potest tamen extrajudicialiter: ideoque potest etiam interponi generalis appellatio; quia futurum gravamen non est certum.

Dixi, *quod sibi posset inferri*; nam siquis generaliter appellet ab aliquo judice super omni gravamine, quod in certa causa sibi inferendum timet, tenet ejusmodi appellatio, ut constat ex *c. consuluit cit.* modo aliquod gravamen praecesserit, vel actu praetendatur in-

ferri super aliquo articulo; nam cum hic articulus contineatur in illa causa, videtur tale gravamen totam causam quodammodo contigisse, ob connexionem, seu unitatem causae; Abb. *in cap. consuluit cit. n.* 3. Pirh. *hic n.* 108.

67

Quaeritur 5. quoties licitum sit appellare? Resp. In eadem causa a sententia definitiva bis appellari potest, quod si autem illa bis fuit confirmata, tertio non admittitur appellatio. Ita statuitur *c. sua nobis* 65. *h. tit. et l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* Ratio sic statuendi fuit, tum ut vitetur processus in infinitum, et ne lites fiant poene immortales; tum quia praesumptio est contra eum, qui bis appellavit, et semper succubuit, quod injustam causam foveat, et ad litem protrahendam malitiose appellet. *Proceditque hoc* etiam in sententiis, quae non transeunt in rem judicatam, licet enim in illis inchoari causa de novo possit, non tamen potest tertio appellari; Abb. *in cap. sua nobis cit. n.* 7. *ibid. n.* 2. Pirh. *hic n.* 126.

Dixi 1. *in eadem causa*, i. e. ab eadem sententia, et super eodem articulo, vel gravamine; nam super diversis articulis, vel gravaminibus licitum est tertio appellare, imo saepius; *can. quoties* 16. *caus.* 2. *q.* 6. gloss. *fin. in c. directae* 39. *h. tit.* Abb. *n.* 7. *cit.* Pirh. *n.* 127.

Dixi 2. *si bis fuit confirmata*; nam si in prima appellatione fuit confirmata, reformata in secunda, ea pars, in cujus praejudicium reformata est, potest interponere appellationem tertiam, qua si vincat, victus, si laesum se putet, prosilire potest ad quartam, ita, ut quilibet habeat duas; Abb. Pirh. *l. cit.*

Dixi 3. *a sententia definitiva*; nam de sententia interlocutoria specialis est difficultas, an casu, quo pars litigans post desertam appellationem sistat se judici *a quo*, et hic iterum per interlocutoriam gravare videatur, sic gravatus in eadem causa, et super eodem articulo denuo appellare possit? Videtur enim non posse; quia judici *a quo* iterum se sistendo appellans renuntiasse appellationi censetur. Sed etsi verum sit renuntiasse appellationi interpositae, non tamen hoc ipso etiam renuntiavit interponendae; hinc cum jura universim permittant, ut in eadem causa a qualibet parte bis appellari possit, hoc casu concedenda erit etiam altera appellatio ab interlocutoria, praesertim si causa sit favorabilis, v. g. matrimonialis, ut decernitur *cap. directae cit.*

68

Quaeritur 6. an judex *ad quem* cognoscere de causa principali possit, omisso, vel non finito prius articulo appellationis interpositae ab interlocutoria? Distinguunt hic aliqui inter casum, quo omis-

sus est articulus appellationis, et inter eum, quo non est prius finitus: *in secundo* facile concedunt sufficere consensum appellari, sive ejus, contra quem appellatum est; *cap. cordi* 1. *v. post h. tit. in* 6. at, ut omisso illo articulo, ad cognitionem causae principalis possit accedere, putant requiri consensum utriusque, quod colligunt ex *c. cit.* ibi: *Vel de partium voluntate omisso.*

Sed, ut bene notat Pirh. *hic n.* 111. probabile est, etiam in hoc secundo casu sufficere consensum solius appellati, modo prius revocetur gravamen, propter quod fuit appellatum. Rationem dat, quia quod prius cognoscatur de articulo appellationis, id fit in favorem appellati: si ergo ipse non vult, ut de illo cognoscatur, neque appellans potest de eo conqueri, cum ipse appellando voluerit, ut tota causa devolveretur ad judicem appellationis.

Neque contrarium efficaciter probatur ex *c. ord. cit.* quia dici potest numerum pluralem *partium* resolvendum in singularem i. e. *partis appellatae*, vel supplendum est *maxime.*

69

Quaeritur 7. an habens exceptionem legitimam adversus judicis, vel executoris mixti mandatum possit ab eo appellare, non proposita prius exceptione? Resp. non posse; sed debet haec prius fuisse proposita, et a judice *a quo* rejecta; tunc enim appellare potest, et appellatio admitti debet, si tamen appellans probaverit exceptionem se opposuisse, et oppositam non fuisse admissam; *c. dilecto* 63. *h. tit.* Abb. *ibid. n.* 21. Imol. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 119. *et* 120. Ratio est, quia, qui appellat, antequam judex oppositam a se exceptionem expresse, vel tacite procedendo ad ulteriora rejecerit, is non appellat a gravamine illato, sed futuro, quod ipsi posset inferri, si exceptio illa non admitteretur; sed a gravamine futuro in judicio non est licitum appellare; ergo etc.

Proceditque hoc, etsi judex disjunctive pronuntiet, ut vel intra certum tempus pareat mandato, vel intra eundem terminum legitimam causam, cur non pareat, coram ipso alleget, alias incursurum excommunicationem; nam allegando justam causam evitare excommunicationem posset; Pirh. *n.* 20. *cit.*

§. VI.

De fatalibus appellationum.

SUMMARIUM

70

Fatalium nomine hic veniunt tempora, quibus exactis appellatio vel non conceditur, vel concessa, et interposita, aut jam introducta extinguitur, et quasi emoritur. Hujusmodi quatuor sunt. 1. appellationis interponendae. 2. Petendi, et concedendi apostolos. 3. Appellationis introducendae, sive apostolos judici *ad quem* praesentandi. 4. Appellationis prosequendae, et finiendae; Gregor. Tholos. *partit. jur. canon. l.* 5. *tit.* 15. *c.* 4. *in scholiis lit. C.* Vallens. *hic* §. 7. *n.* 1. et alii passim.

71

Quaeritur 1. quando, et intra quod tempus appellatio interponi debet? Resp. Olim appellandum fuit in causa propria intra biduum; in causa aliena, seu procuratorio nomine intra triduum duntaxat, et non ultra; *can. biduum* 29. *princ. caus* 2. *q.* 6. *l. si quidem* 1. §. *biduum* 5. *et* §. *in propria* 11. *ff. quand. appelland. l. eos qui* 6. §. *fin. ff. h. tit.*

Hodie jure tam canonico, quam civili appellationi interponendae statutum est decendium, ut patet ex *c. quod ad consultationem*

15. *de sent. et re judic. c. significaverunt* 36. *et ibi* gloss. *V. infra* 10. *dies de testib. cap. cum dilectus* 32. *in fin. et ibi* gloss. *fin. de elect. c. concertationi* 8. *h. t. in* 6. *auth. hodie C. eod. et novell.* 23. *c.* 1. Quorum proinde dierum ultimus fatalis est, ita, ut eo lapso volens appellare non audiatur, quamvis aliis juris remediis se defendere propterea non prohibeatur, ut constat ex *c. concertationi cit.*

Proceditque hoc, sive per se, sive per alium, ut procuratorem, tutorem etc. sive a sententia definitiva, sive ab interlocutoria, sive ab alio gravamine, etiam extrajudiciali appelletur, ut patet ex textibus *cit.* et docent Durand. *Specul. tit. de appellat.* §. 5. *n.* 1. Gaill. *l.* 1. *obs.* 139. *n.* 2. Blumius *process. crim. tit.* 49. *n.* 2. Vallens. *hic* §. 7. *n.* 2. Pirh. *n.* 132. Vviest. *n.* 103.

72

Dub. 1. quando currere incipiat hoc tempus decendii ad appellandum concessi? Resp. Incipit currere a momento latae sententiae, si adversus praesentem pronuntiatum sit, vel cognitionis de hoc obtentae, si contra absentem, et completur in ultimo momento diei decimae; *cap. ad consultationem* 15. *de sent. et re judic. c. concertationi* 8. *h. tit. in* 6. ibi *infra decem dies*, *postquam sciverit*, *auth. hodie c. eod. l. siquidem* 1. §. *dies* 7. *et* §. *fin. ff. quand. appelland.* gloss. *in Clem.* 3. *V. a die h. t.* Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de appell. n.* 214. Gaill. *l.* 1. *obs.* 139. *n.* 5. Vall. *hic* §. 5. *n.* 3. Pirh. *n.* 135. Vviestn. *n.* 104.

Dixi 1. *a momento*: hinc Gaill. *l. cit.* monet notorios, ut in instrumento appellationis exacte notent non tantum diem, sed etiam horam interpositae appellationis, ad hoc, ut rite cognoscatur, an, et quando decendium sit elapsum; nam prima dies non computatur tota, sed ab hora illius diei, quae ad decimam diem ejusdem referri debet, ideoque fieri potest, ut decima dies in undecimam desinat: et hinc si sententia lata sit die veneris hora 9. matutina, poterit quis appellare die undecima usque ad horam 9.

Dixi 2. *a die latae sententiae, vel cognitionis etc.* nam tempus decendii ad interponendam appellationem concessum in principio est utile, et ignoranti, tanquam legitime impedito, non currit, nisi sit vere contumax; *can. biduum* 29. §. *si adversus absentem caus.* 2. *q.* 6. *l. siquidem* 1. §. *fin. ff. quand. appell.* in progressu tamen efficitur continuum, ita, ut etiam feriae solemnes includantur; *l. quoniam* 1. *C. de feriis*, *et l. sive pars* 3. *v. feriae C. de dilation.* neque id immerito, cum etiam in feriis valide interponatur appellatio, ut dictum est *tit.* 9. *de feriis n.* 49.

73

Dub. 2. quomodo numerandum sit tempus decendii, quando appellatur a gravamine extrajudiciali? Resp. hic distinguendum, an gravamen, a quo appellatur, sit jam illatum, an primum inferendum. Nam *si inferendum est primum*, etiam post decendium a die, qua id coepit timeri, et donec actu inferatur, appellari potest; gloss. *in c. concertationi* 8. *V. gravatum h. tit.* in 6. Laym. *ibid. n.* 2. Vviest. *n.* 105. *Si vero jam illatum sit*, appellandum est intra 10. dies, qui tamen numerandi erunt non a die celebrati actus, vel notitiae actus, quo quis gravatus est, sed a die notitiae gravaminis, seu illo, quo scivit actum illum in sui praejudicium, seu cum suo gravamine celebratum fuisse; *c. concertationi cit. et ibi.* gloss. *in notat. et V. sciverit.*

Peculiare aliquid habet gravamen, quod tractum successivum, et causam continuam habet, ut cum quis in carcere detinetur, ad locum non tutum citatur etc. nam ab hoc etiam post decem dies appellari potest, tamdiu sc. quamdiu durat gravamen; Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de appellat. n.* 216. Gaill. *l.* 1. *obs.* 39. *n.* 13. Rosbach. *prax. civil. tit.* 73. *n.* 24. Vall. *hic* §. 7. *n.* 3. Pirh. *n.* 136. Vviest. *n.* 105. Consequenter incarceratus, etiamsi per mensem detineatur in carcere, appellare tamen semper potest, quia semper gravatur; et citatus ad judicem non competentem, vel locum non tutum etc. appellare toties potest, quoties sic citatur, quia toties gravatur de novo.

Excipitur, si judex interloquendo pronuntiavit illum fuisse juste incarceratum, aut locum esse tutum etc. quia tunc intra 10. dies a die factae interlocutionis appellandum est; alioquin sententia transiret in rem judicatam, nec ulterius liceret appellare; Gaill. *l. cit. n.* 14. Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 449. cum Vall. Pirh. Vviest. *l. cit.* et ratio est, quia generatim sententia contra jus partis lata, ab ea intra legitimum tempus non provocetur, rei judicatae authoritatem sortitur; *l. cum prolatis* 32. *ff. de re judic.*

74

Quaeritur 2. quo die apostoli petendi, et praesentandi sint? Ad hanc quaestionem ut rite respondeatur, praelimariter

Dub. 1. quid sint *apostoli*? Resp. *Apostoli* hoc loco dicuntur litterae dimissoriae, quas judex, a quo appellatum est, ad instantiam appellantis transmittit ad judicem, ad quem appellatum est, in testimonium, et fidem appellationis interpositae; *l. un. ff. de libell. dimissor. l. dimissoriae* 106. *ff. de V. S.* gloss. *in l. praeses* 5. *V. apostolicos C. hoc tit.* Dicuntur *apostoli*, i. e. missi; quia mittuntur ad judicem *ad quem*, ut de causa appellationis instruatur: *Di-*

missoriae autem ; quia per eas causa ad judicem , ad quem appellatum est , dimittitur.

Porro plures sunt horum species , ut videre est apud Rosbach. *prax. civil. tit.* 74. *n.* 3. *et seqq.* Vall. §. 10. *hic n.* 1. Pirh. *n.* 139. Vviest. *n.* 106. et alios passim. Nam 1. dicuntur aliqui *dimissorii* , qui sunt litterae ad judicem appellatum directae, testificantes de appellatione coram judice *a quo* , vel honestis personis interposita , et admissa. 2. *Reverentiales* , quando judex *a quo* appellationi defert , non ob causae justitiam , sed solum ob reverentiam superioris , ad quem appellatur ; *c. cordi* 1. *h. tit. in* 6. ibi *Si appellationi forsan ex reverentia sit delatum.* 3. *Refutatorii* , quibus judex *a quo* significat judici *ad quem* , se non admississe appellationem; *l. fin. in refutatoriis* 1. *C. eod.* et in his judex debet exprimere causam , cur eam non admiserit; *l. sciendum* 6. *ff. de appell. recip.* alias si sine causa rejiciat , punitur ; *l. quoniam* 22. *cap. h. t.* 4. *testimoniales* , quibus notarius , vel alii viri honesti , cum judicis copia haberi non posset , aut hic recusat dare apostolos , testificantur, coram se appellatum; *c. fin. h. tit.* Rosbach. *l. cit. n.* 6. 5. denique *conventionales* , quas dat pars adversa , sive appellata admittens appellationem , sive in judicio , judice refutante , aut tacente , sive extra judicium; *c. saepe* 44. *h. tit.* Rosbach. *l. c. n.* 7. Haun. *tr.* 5. *cit. n.* 455. Pirh. *hic n.* 139. Vviest. *n.* 107.

Ex his maxime in usu sunt reverentiales : Refutatorii non facile dari debent , ne justitiae viam praecludere velle videantur; Vviest. *n.* 107 *cit.*

75

Dub. 2. intra quod tempus petendi, dandi, et praesentandi sint apostoli ? Resp. Olim petendis et recipiendis apostolis praescripti erant quinque dies; *can. ab eo* 24. *caus.* 2. *q.* 6. Hodie 30. dies concessi sunt; *c. ab eo* 6. *princ. h. tit. in* 6. *et l. judicibus* 24. *C. eod.* Estque hoc tempus ita necessarium, ut si intra 30. dies praedictos non petantur , vel non recipiantur, appellationi censeatur renuntiatum; *can. ab eo cit. Clem. quamvis* 2. *h. t. l. judicibus cit. et l. un. ff. de libell. dimissor.* Estque praesumptio haec juris , et de jure, contra quam non admittitur probatio in contrarium, posito, quod appellans neglixerit eos petere : secus , si non potuit petere , vel petiit quidem , sed per judicem *a quo* stetit , quo minus illos reciperet: nam eo casu protestari de eo debet, et lapso tempore de apostolis negatis judicem *a quo* coram judice , ad quem provocavit, convenire potest; *l. si appellationem* 31. *C. h. t.* Vallens. *hic* §. 10. *n.* 4.

Tempus judici *ad quem* praesentandi apostolos , et introducendae appellationis jure civili romano non uniforme , sed pro locorum,

et judicum diversitate diversimode praefixum erat *leg. tempora* 2. *princ.* et *leg. final. C. de tempor. appellat.* Modo secundum ordinationem camerae imperialis, *p.* 2. *tit.* 3. §. 2. *et* 5. complectitur sex menses, qui currere incipiunt a die non latae sententiae, sed interpositae appellationis, teste Gaill. *l.* 1. *obs.* 140. *n.* 2. jure canonico ejus determinatio judicis arbitrio relinqui videtur; *cap. personas* 4. *h. tit.* ibi, *tu ei diem — assignes.* Quodsi autem judex *a quo* terminum praesentandae appellationis non assignaverit, cum jure canonico nihil statutum reperiatur, vel observandum erit tempus definitum jure civili, vel quod Gonzal. *in c.* 5. *h. tit. n.* 10. cum aliis notat, satis erit inchoare, et finire appellationem intra tempus eidem finiendae praescriptum.

76

Dub. 3. quando tempus 30. dierum apostolis petendis concessum incipiat currere? Resp. hic variare DD. nam aliqui volunt tempus hoc currere a die sententiae latae; alii a die appellationis interpositae. Alii melius distinguunt: vel enim appellans habuit statim notitiam sententiae latae, vel non statim eandem habuit.

Si primum, statim currit tempus hoc a die sententiae latae; *l. judicibus* 24. *C. h. tit. Si secundum*, tempus illud numerandum est a die scientiae, quo quis sententiam latam intellexit, et ex quo habuit facultatem appellandi, ne alias hoc inconveniens eveniat, quod ignoranti praeclusum sit tempus petendi apostolos, cui nondum praeclusum est tempus appellandi, utpote quod secundum dicta *n.* 72. primum incipit currere a die scientiae.

Unde cum *l. judicibus cit.* statuitur tempus petendi apostolos currere a die latae sententiae, intelligi debet, quando appellans habuit notitiam sententiae latae, et in continenti a sententia lata viva voce appellavit, ut sic concordet cum *c. ab eo*, et *Clem. quamvis citt.* qui textus volunt currere a die appellationis interpositae. Vide Rosbach. *prax. civil. tit.* 74. *n.* 15.

77

Dub. 4. an judex possit terminum statuere ad petendos apostolos? Resp. Etsi verius sit non posse longiorem statuere, tamen breviorem potest praescribere: intra quem si appellans non compareat, et congruo loco, ac tempore petat apostolos sibi tradi, vel oblatos recuset, non minus efficitur appellatio deserta, quam lapsis 30. diebus: *Clem. quamvis* 2. *h. tit.* Vall. *hic* §. 10. *n.* 6. Pirh. *n.* 114. Wiest. *n.* 110. Ratio est, quia ejusmodi brevior terminus, a judice praescriptus, succedit in vicem termini juris, et eundem effectum parit; *c. ex insinuatione* 10. *h. tit.*

Dixi: *posse judicem terminum constituere saltem breviorem* : cujus ratio est, quia judex quoad ea, quae ad celeriorem appellationis expeditionem pertinent, jurisdictionem retinet; et longitudo termini a jure dati concessa videtur in commodum, et favorem ipsius judicis, cui ipse renuntiare non prohibetur; Marant. *part.* 6. *de ord. judic. tit. de appellat. n.* 223. Addidi, *congruo loco*, *et tempore*, videlicet, ut non petantur apostoli, quando judex est in prandio, vel in missa, non de nocte, vel quando judex est majoribus negotiis implicitus; gloss. *margin. in Clem. citat.* Pirh. *hic n.* 144.

78

Dub. 5. quomodo sint petendi apostoli? Resp. Debent peti *instanter*, ut dicitur *cap. ab eo* 6. *h. tit. in* 6. ab ipso appellante, et hujus expensis; gloss. *in Clem.* 2. *V. oblatus h. tit.* Vall. §. 10. *n.* 6. *in fin.* Pirh. *n.* 142. etiam cum appellatur a sententia interlocutoria, vel gravamine illato ante sententiam; quia textus *cap. ut super* 4. *h. tit. in* 6. generaliter, et indistincte loquitur. In appellatione extrajudiciali quidam putant non esse necessarium peti apostolos, tutius tamen est, si etiam hoc casu petantur; Rosbach. *prax. civil. tit.* 74. *n.* 11. et ab eo *citt.*

Perinde autem est, sive petantur viva voce, sive in scriptis, quamvis istud consultius sit, ut postea facilius probari possit fuisse petitos. Semper tamen a judice *a quo* peti debent, cui etiam tempus 30. dierum praescriptum commune est cum appellante; sicut enim appellans petere, sic judex intra illud apostolos exhibere tenetur. Estque hoc ita verum, ut si judex requisitus ab appellante non tradat apostolos, sed in ipsa causa procedat, processus non valeat, sed retractandus sit per judicem appellationis; *c. ut super cit.* nisi appellationi sit renuntiatum expresse, vel tacite: gloss. *ibid. V. renuntiatum.* Aliquando tamen, ut Rosbach. *l. cit. n.* 19. advertit, loco apostolorum appellanti dantur acta: imo eodem teste *n.* 25. in camera imperiali, et nonnullis aliis tribunalibus appellatio recipitur, et valet, etiam sine apostolis.

79

Quaeritur 3. intra quod tempus appellans prosequi appellationem, eamque finire debeat? Resp. ad appellationem prosequendam, et finiendam, a quocunque gravamine, etiam extrajudiciali, appellatum fuerit, utroque jure conceditur annus, et ex justa causa biennium, intra quod tempus, si appellans, vel provocans, justo impedimento cessante, appellationem suam non fuerit prosecutus, illa deserta censebitur; *cap. cum sit* 5. *princ. c. ex ratione* 8. *et Clem. sicut* 3. *hoc tit. auth. ei qui*, *et l. fin.* §. *illud* 4. *C. de tempor. appell.* ita tamen, ut de appellatione introducta, sed non continua-

ta pronuntiet judex *ad quem*; de illa vero, quae ante introductionem deserta fuit, pronuntiet judex *a quo*; Engl. *hic n.* 50. qui addit casu, quo appellatio nondum introducta deserta fuit, judicem inferiorem acturum consultius, si absque sententia statim progrediatur ad executionem, ut sic auferat occasionem novae appellationis, quae interponi posset a sententia pronuntiante appellationem esse desertam. Et hoc est discrimen inter judicem *a quo*, et inter judicem *ad quem*; nam judex *ad quem*, ubi de appellatione deserta pronuntiaverit, etiam de partium consensu in causa principali nequit procedere, quippe cum jurisdictio, et executio ab ipso ad judicem *a quo* reversa fuerit; Engl. *loc. cit.*

80

Dub. 1.° quando tempus hoc annale, vel biennale appellanti incipiat currere? Resp. cum distinctione, an in judició appelletur, an vero extrajudicialiter. *Si primum*, de jure saltem canonico incipit currere a die interpositae appellationis. *Si secundum*, interest, an appelletur a gravamine jam illato, an vero a primum inferendo, seu futuro; nam *si prius contingat*, iterum tempus hoc currere incipit a die interpositae appellationis. *Si posterius*, currere incipit non a die, quo appellatio est interposita, sed ab eo, quo gravamen, quod inferendum timebatur, re ipsa illatum est; *Clem.* 3. *h. tit.* ut adeo anticipata appellatio a futuro gravamine quodammodo involvat conditionem, *si gravamen actu inferri contingat*: et propterea trahatur ad tempus ejusdem actu illati; sicque annus, vel biennium appellationi prosequendae constitutum a jure primum ab ea die, qua gravamen illatum est, exordium sumat; Vivian. *in Clem. cit. et in c. cum sit* 5. *h. tit.* Vaines. *n.* 8. Gonzal. *num.* 10. Vviest. *hic n.* 113.

Dixi, *jure saltem canonico*; nam spectato jure civili, tempus hoc annale, vel biennale non incipit currere nisi post duos menses a die interpositae appellationis; *novell.* 82. *n.* 9. junct. gloss. *V. menses.* Monet tamen Alex. de Nevo *in c. ex ratione* 8. *hoc tit. n.* 3. quod dispositio *Clem. cit.* de consuetudine servetur etiam in foro civili. Unde haec attendenda est. In camera imperiali, et aliis majoribus tribunalibus, etiam ecclesiasticis, ob multitudinem causarum fere non attenditur. Fatale appellationis prosequendae, dummodo observentur, quae ad eam interponendam sunt concessa, et longioris morae causa non sint ipsi appellantes; Gaill. *l.* 1. *obs.* 141. *n.* 7. Rosbach. *prax. civil. tit.* 73. *n.* 33. Haun. *tom.* 5. *tr.* 5. *n.* 466. Vviest. *hic n.* 133.

81

Dub. 2. ob quas causas ad appellationis prosecutionem, et terminationem biennium concedi ex juris permissione possit? Resp. varias a DD. recenseri, quarum aliquae se tenent ex parte appellantis, vel appellati, vel utriusque; aliae ex parte ipsius judicis, vel alicujus tertii; aliae denique oriuntur ex casu fortuito.

Ex parte appellantis causa longius tempus concedendi est hujus adversa valetudo, paupertas, et ex ea proveniens defectus sumptuum necessariorum ad prosecutionem appellationis, absentia reip. causa, captivitas diuturna etc. *c. ex ratione* 8. *hoc tit.* Abb. *ibid. n.* 4. Gaill. *l.* 1. *obs.* 142. *n.* 1. *et* 2. Vall. *hic* §. 14. *n.* 2. Pirh. *n.* 165. Vviest. *n.* 115. Ratio est, quia per haec a prosecutione appellationis legitime impeditur; sic autem impedito tempus fatale appellationis prosequendae, et finiendae non currit, ut constat ex *c. ex ratione cit.*

Ex facto appellati, si is per se, vel per alium extra judicium appellantem impediat, quo minus appellationem prosequi possit; vel in judicio frustratoriis dilationibus efficiat, ne appellatio debito tempore finiatur; nam tunc si tale impedimentum contingat primo anno, ipso jure secundus conceditur, vel saltem appellans servatur illaesus, ut tempora prosequendi appellationem eidem non currant; Abb. *in c. ex ratione cit. n.* 8. Alex. *ibid. n.* 27. *et* 67. Vall. *hic* §. 14. *n.* 4. Pirh. *n.* 165. Vviest. *n.* 115. *cit.* Ratio est, quia tempus fatalium hoc casu labitur culpa, et facto adversarii, ut proinde appellatio pro deserta haberi nequeat, cum appellans nullam commiserit negligentiam.

82

Ex facto utriusque tam appellantis, quam appellati, si pendente appellatione compromiserunt in arbitros; tunc enim tempus, ab homine, vel a jure ad eandem prosequendam praefixum nec appellanti, nec appellato currit, nisi ob periculum ex dilatione, vel mora imminens judex praecipiat, ut in causa appellationis procedatur; *Clem. quamdiu* 4. *hoc tit. et auth. si tamen C. de tempor. appellat.* Tempus autem, finito compromisso, vel alias deserto, hoc casu partibus non aliud dabitur ad prosequendam, et finiendam appellationem, quam quantum restabat tempore initi compromissi; quia per compromissum solum fuit suspensum, et quiescebat, et ideo postea iterum currit; gloss. *in Clem. cit. V. currere*, Vall. *hic* §. 14. *n.* 5. Pirh. *n.* 166.

Ex parte judicis, quando iste ob infirmitatem, vel aliam causam pro tribunali non sedet, vel alias per eum stat, quo minus appellationis causa intra debitum terminum perducatur ad finem; *c.*

ex ratione 8. *h. t.* Debet tamen hoc casu appellans, vel ejus procurator, prout praxis observat, protestari, et quidem saepius, quod per se, partemque suam non stet, quo minus in causa celerius procedatur, quodque proinde fatalia sibi, partique suae currere non debeant; gloss. *in capit. cupientes* 16. *quodsi per viginti V. proposita de elect. in* 6. Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de appell. n.* 230. Gaill. *l.* 1. *obs.* 141. *n.* 9. Vall. *hic* §. 14. *n.* 9. Pirh. *n.* 169. juxta quos peculiare hoc est; nam, ut iidem nôtant, in casu, quo impedimentum aliunde provenit, quam ex parte judicis, non est necessaria haec protestatio, sed sufficit, quod impedimentum probetur, quamvis tutius semper sit protestari de impedimento.

83

Ex parte alicujus tertii, cum procurator negligit causae prosecutionem, vel haec a nuptio, aut alio quopiam impeditur; gloss. *in c. ex ratione cit. V. impotentiam*, Abb. *ibid. n.* 8. *in fin.* Hoc tamen casu tempus appellationis currit, et secundus annus non indulgetur, sed appellanti datur actio ad damna, et interesse adversus procuratorem, vel tertium impedientem; aut si is solvendo non sit, succurretur ei per restitutionem in integrum, ut cum gloss. et Abb. *cit.* notant Vall. §. 14. *cit. n.* 10. Pirh. *n.* 170. Vviest. *n.* 118.

Ex casu fortuito denique prorogationi fatalium, praescriptorum prosecutioni appellationis, justa praebetur causa, quando v. gr. viae hostibus infestae sunt, quo minus ad judicem appellationis accedere quis possit; vel si procurator appellantis in via captus sit: et tunc si impedimentum contingat in primo fatali, seu anno, ipso jure datur secundus; *l. fin.* §. *illud.* 4. *C. de temp. appell.* Si in secundo, subveniendum est appellanti saltem per restitutionem in integrum; quia id generale est, *quod si per me non stat, mihi imputari non debet.* Hinc dabitur ei annus tertius, et quidem integer, si toto anno secundo fuit impeditus; alioquin tantum praecise temporis ei restituetur, quantum abstulerit impedimentum, ex natura restitutionis in integrum, quae est, ut tantum restituatur, quantum abstulerit laeso; Vall. *l. cit. n.* 12.

84

Dub. 3. quid requiratur, ut ob impedimentum primi anni, seu primi fatalis concedendus sit annus secundus, seu secundum fatale? Resp. 1. requiritur, ut impedimentum illud fuerit justum, et inevitabile, seu inexorabile, et non affectatum; nam si appellans illud affectatum, illud affectarit vel culpa sua illi causam praebuerit, aequum non est ei hac in parte subveniri; *l. non exigimus* 2. §. *siquis tamen* 8. *ff. siquis cautionib. etc.*

2. Cum hujusmodi impedimentum in facto consistat, et ex veritate facti dependeat, non debet praesumi, sed omnino, plene, et evidentibus argumentis ab appellante probari, prout colligitur ex *c. ex ratione* 8. *h. tit.* ibi *dummodo constiterit*, et clare traditur *c. cum sit* 5. *hoc tit. et l. fin.* §. *illud* 4. *C. de tempor. appell.* Et hinc, si de impedimento non constiterit evidenter, nec appareat de protestatione super non lapsu fatalium, poterit judex *a quo*, lapso termino, seu anno, sententiam suam, velut deserta appellatione, mandare executioni, etiam parte non citata, ut tenet Bald. *in l. si contra* 8. *C. de appell. et in l.* 2. *in fin. C. de tempor. appell.*

85

3. Non sufficit solum probare impedimentum, sed insuper requiritur, ut appellans probet, quod diligentiam adhibuerit ad impedimentum amovendum, et appellationem prosequendam; Gaill. *l.* 1. *obs.* 143. *n.* 2. *et* 3. Vall. §. 14. *n.* 6. *hic* Pirh. *n.* 171. quia tum demum dicitur ex justa, et necessaria causa impeditus, quando post adhibitam diligentiam manet impedimentum; alioquin qui facile potest tollere impedimentum, et non tollit, non dicitur impeditus, sed potius volens pati: et qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur juxta *reg.* 174. *ff.*

4. Requirunt aliqui, ut toto primo anno appellans fuerit impeditus, ne appellationem prosequeretur; nam si aliquo tantum tempore impedimentum duravit, sic impedito concedunt quidem annum secundum, non tamen, ut eo toto uti appellans possit, sed ut inde desumat tantum, quantum in priore anno per quodcunque justum impedimentum ei fuit ademptum; *arg. l. ab hostibus* 15. §. *fin. ff. ex quib. caus. major.* Estque hoc verum teste Pirh. *hic n.* 172. attento rigore juris. At ex praxi, et usu fori, praesertim ecclesiastici, magis obtinuit, ut propter quodcunque impedimentum primi anni detur secundus integer, modo appellans adhibuerit diligentiam aliquam, et totus primus annus non fuerit negligentia illius lapsus, sive deinde potuerit, sive non potuerit appellans, deducto impedimenti tempore, in reliquo causam peragere: quod videtur etiam colligi ex *auth. si appellatione C. de temp. appell.* ubi dicitur, quod ad obtinendum hunc secundum annum sufficiat, si vel novissima induciarum die appellans ad agendam causam coram judice compareat. Ratio est, quia totus primus annus est in arbitrio appellantis, quando velit incipere, et prosequi appellationem, modo supersit sibi tempus sufficiens ad eam finiendam arbitrio judicis determinandum.

86

Dub. 4. an tempus jure concessum restringi, et abbreviari valeat? Resp. distinguendo inter personas, quae in judicio appellatio-

nis interveniunt, videlicet appellatum, appellantem, judicem *a quo*, et judicem *ad quem*. Nam

1. Appellatus appellanti terminum aretiorem praeseribere non permittitur, ne in illius potestate sit, appellantem nimium coarctare, et adversario suo legem ponere; Vallens. *hic* §. 12. *n.* 4. Pirh. *n.* 155.

2. Reddi hoc tempus brevius potest ab ipso appellante; *c. personas* 4. *h. tit.* modo spectatis circumstantiis congruum sit; quia sic favori a jure pro se principaliter introducto renuntiare videtur; Vviest. *hic n.* 123.

87

3 Quoad judicem *a quo* distinguendum est inter terminum a jure statutum ad finiendam appellationem, et inter eum, qui statutus est ad illam introducendam. *Primum* abbreviare, imo nec prolongare potest, ut statuitur *c. ex insinuatione* 50. *h. tit.* et ratio est, quia judici *ad quem*, quippe superiori, non potest legem praescribere, aut terminum, intra quem causam appellationis recipere, et expedire debeat, cum alienae, praesertim superioris jurisdictioni se immiscere non possit. *Secundum* abbreviare potest, non tamen tenetur; potest enim, si velit, appellantem relinquere sub dispositione juris communis, ut colligitur ex *c. adhaec* 27. ibi, *fas tibi sit*, quod verbum non imponit necessitatem, seu obligationem, sed solum facultatem, si velit, ut notat Abb. *in c. adhaec cit. n.* 2. *Excipitur*, si suspicio sit, quod pars litigans temere, et frustratorie appellaverit; tunc enim male ageret judex, si terminum appellationi prosequendae non statueret, cum *malitiis hominum non sit indulgendum*, ut dicitur *c. plerumque* 23. *de rescript.* Porro termini sic abbreviati a judice eadem vis erit, quae termini praefixi a jure, ut sicut per hujus, ita etiam per illius lapsum appellatio efficiatur deserta, et appellans, si intra illum appellationem non introduxerit, et quocunque modo prosecutus fuerit, sententiae judicis *a quo* compellatur stare; *c. personas* 4. *cum sit* 5. *et c. ad aures* 33. *h. tit.*

88

4. Judici *ad quem* denique non est permissum moderari, vel abbreviare terminum a jure statutum ad prosequendam appellationem, nisi ex nimia dilatione damnum reip. vel periculum animarum immineat, ut in causis spiritualibus, electionum, postulationum, et aliis beneficialibus, quae cum causam aliquo modo publicam contineant, accelerari debent: sicut et causa matrimonialis ob periculum incestus, vel adulterii; item causa alimentorum ob periculum vitae; Abb. *in capit. oblatae* 57. *h. tit. n.* 6. Alex. de Nevo *ibid. n.* 13. *et duob. seqq.* Vall. *hic* §. 12. *n.* 7. Pirh. *n.* 153. Unde

quoad hoc inter judicem *a quo et ad quem* diversitas est; et ratio diversitatis est, quia judici *a quo* per appellationem fit praejudicium, cum per eam ipsius jurisdictio suspendatur, et saepe frustratorie appelletur ad differendam causam; contra judici *ad quem* nullum fit praejudicium: igitur judex *a quo* merito potest appellationi prosequendae breviorem terminum praefigere, ut sic fraudibus obvietur; nulla autem est ratio id concedendi judici *ad quem*, nisi illo casu, quo commodum publicum illud exigit, vel periculum animarum imminet. Eadem est ratio de termino dato a judice *a quo*: nam neque hunc judex *ad quem* abbreviare potest; quia indultum a jure beneficium nemini est auferendum, nisi ex dilatione immineat periculum reip. vel animae; Abb. Pirh. *l. cit.*

89

Dub. 5. an tempus, prosequendae, vel finiendae appellationi statutum, prorogari, vel extendi possit? Resp. distinguendo inter terminum a jure datum, et datum ab homine. *Terminum datum ab homine* prorogare potest judex, qui illum dedit, modo is lapsus nondum sit, et prorogatio non fiat ultra terminum a jure datum; Rota *decis.* 35. *alias* 384. *in antiquis*, Decius *in c. personas* 4. *h. tit.* Vallens. *hic* §. 12. *n.* 6. Ratio est, quia quamdiu decurrit, is in ejus est potestate, et ad illum perdurat jurisdictio. Quoad *terminum datum a jure* convenit inter DD. eum neque a judice *a quo*, neque ab appellante prorogari, atque extendi posse; nam ita expresse statuitur *c. oblatae* 57. *circa med. h. tit.* gloss. *ib. in cas. in notat.* Imol. *n.* 5. Pirh. *n.* 156.

An vero utriusque, et appellantis, et appellati consensu his terminus prorogari possit, controversia est inter DD. Negat Abb. *in c. ex ratione* 8. *h. t. n.* 8. cum non paucis aliis. Fundantur 1. *c. oblatae cit.* ubi expresse habetur, quod terminus prosequendae appellationis praeveniri possit, seu abbreviari, sed non prorogari. 2. *l. nemo* 3. *C. de temp. appellat.* ubi dicitur, quod appellatio introduci debeat intra tempus statutum. 3. paritate triennii ad causam principalem in prima instantia finiendam praescripti, cujus prorogatio partium consensu etiam cum juramento, et per viam compromissi fieri nequit secundum gloss. *in l. properandum* 13. *V. trienn. C. de judic.*

90

Verum his non obstantibus, verior esse videtur affirmativa sententia, sc. tempus exercendae, et prosequendae appellationis per expressum consensum partium prorogari, atque augeri posse, ita, ut v. g. instantia appellationis duret quadriennio, vel longiore tempore. Ita Felin. *in c.* 8. *h. tit. n.* 2. Scaccia *de appellat. q.* 15. *art.* 3.

n. 165. Gaill. *l.* 1. *obs.* 141. *n.* 6. Vall. §. 14. *n.* 5. *et seqq.* Pirh. *hic n.* 167. Vviest. *n.* 116. et colligitur ex *Clem. quamdiu* 4. *h. tit. auth. si tamen*, *et l. fin.* §. *ult. C. de temp. appel.* ubi partes ut *nullum fatale observetur*, pacisci permittuntur. Ratio est, quia terminus appellationis prosequendae datus est in favorem partium, quae proinde mutuo consensu huic favori renuntiare possunt.

Neque obstant argumenta allata in oppositum. *Ad* 1. *cap. oblatae cit.* prohibet solum prorogationem termini factam a judice, vel appellante solitarie, non vero factam utriusque appellantis, et appellati consensu: unde quoad hanc standum est *Clem.* et ceteris textibus allegatis. *Ad* 2. *l. nemo cit.* loquitur de reparatione temporis lapsi, non autem de prorogatione, quae fit durante tempore: prior non permittur etiam consensu partium; permittitur autem posterior. *Ad* 3. negatur paritas; nam perempta instantia causae principalis cursu triennii, solum pereunt acta judicii, sed jus partis ad denuo agendum manet integrum: at vero perempta secunda instantia, seu finita causa appellationis, totum jus appellantis corruit, et sententia judicis *a quo* transit in rem judicatam, eique stare appellans cogitur, etsi iniqua sit: igitur merito permissum est, ut tempus fatalium appellationis prosequendae consensu partium prorogari possit ob praejudicium alias irreparabile.

§. VII.

De officio utriusque judicis, a quo, et ad quem appellatur.

SUMMARIUM

91 92 93 *Cui appellationi judex a quo deferre debeat?*
94 95 96 *Quod sit officium judicis a quo, postquam appellationi detulit?*
97 98 99 *Quod sit officium judicis* ad quem?
100 101 102 *Quando iste judice* a quo *inhibere possit, ne procedat in causa, et ne sententiam exequatur?*
103 *Cui imponere onus probandi judex* ad quem *in causa appellationis debeat?*
104 *Quid possit judex* ad quem *in tertium, contra quem non est lata sententia, vel in aliis causis quae causam appellationis non tangunt?*
105 *An appellans poenitere, et appellationi renuntiare possit?*
106 107 *An si litigans coram suo judice non appellavit ab interlocutoria, postea vero appellavit a definitiva, judex appellationis possit revocare interlocutoriam?*

91

Quaeritur 1. cui appellationi judex *a quo* deferre debeat? Resp. Regulariter tenetur deferre cuilibet appellationi; *l. judicibus* 24. *cod. hoc tit.* alioquin, si non deferat, quando ex justa causa est interposita, appellans nihilominus adire superiorem, et coram eo appellationem, perinde acsi recepta esset, prosequi potest: adversus ipsum autem judicem proceditur ad poenam jure taxatam, non tamen, antequam finita sit causa; nam forte appellans causa cadet, et sic ex ipso exitu litis colligetur, judicem juste appellationi non detulisse; Vall. *hic* §. 11. *n.* 1.

92

Porro poena, dum appellationi sine justa causa non defert, alia judici statuta est jure civili, alia jure canonico. *Jure civili antiquo*, si causa civilis sit, punitur poena 30. librarum auri; si vero criminalis, arbitraria; *l. quoniam* 21. *cod. hoc tit.* Novissimo autem jure sustinet damnum litis, et praeterea decem libris mulctatur; *Nov.* 126. *c.* 3. *jure canonico* appellationi, saltem ad papam, non deferens deponitur; *can. decreto* 11. §. *si autem* junct. gloss. *V. submotus caus.* 2. *q.* 6. vel arbitraria poena in eum proceditur a superiore, ad quem est remittendus; *c. de priore* 31. *hoc tit.* Durand. *specul. tit. de appell. n.* 1. Marant. *de ord. judic p.* 6. *tit. de appell.* 399. Vallens. *hic* §. 11. *n.* 1. *et* 2. Pirhing. *n.* 174. Vviest. *n.* 92.

93

Excipiuntur tamen casus illi, quibus appellatio est jure prohibita; his enim, et generaliter, quandocunque frivole, et frustratorie interponitur, non deferens judex appellationi, eaque insuper habita in causa procedens nulli poenae obnoxius est, cum tali appellationi deferre non teneatur; *c. suggestum* 15. *hoc tit. et cap. cum appellationibus* 5. *eodem in* 6. ne quod ad defensionem, et gravaminum remotionem injuste oppressis indultum est remedium, ad innocentiam, et justitiam opprimendam convertatur.

Si dubia sit appellandi causa, an sit legitima, videndum, an appellatum sit a sententia definitiva, an ab interlocutoria. *Si a definitiva*, judex *a quo* deferre appellationi debet propter reverentiam superioris judicis; Abb. *in c. debitus* 59. *hoc tit. n.* 30. Vallens. *hic* §. 11. *n.* 7. Pirhing *n.* 174. quia sententia, priusquam transiit in rem judicatam, non magis habet pro se praesumptionem justitiae, quam injustitiae, sed pendet ab eventu, utrum justa vel injusta pronuntietur. *Si ab interlocutoria*, quamvis satius sit, ut judex *a quo* appellationi deferat, non tamen tenetur ei deferre, sed potest, non obstante appellatione ab interlocutoria, in causa progredi, quamdiu per judicem, ad quem provocatum est, ei non fuit legitime facta inhibitio; *cap. cum appellationibus* 5. *et c. non solum* 7. *hoc tit.*

94

Quaeritur 2. quod sit officium judicis *a quo*, postquam appellationi a se interpositae detulit? Resp. 1. debet appellanti petenti exhibere, et tradere apostolos: et hoc ita verum est, ut si judex requisitus eos non tradat, sed in ipsa causa procedat, processus non valeat, sed retractandus sit per judicem appellationis, uti constat ex *c. ut super* 4. *hoc tit. in* 6. et tradunt *ibid. Vivian. in ration.* Franc. *n.* 5. *limit.* 2. Pirh. *hic n.* 140. Ratio est, quia injuste negando apostolos parti eos petenti, eandem gravat, et praesumptionem facit, quod ipse malo animo procedat, appellatio autem sit legitima. *Excipitur*, nisi appellationi sit renuntiatum expresse, vel tacite; *c. ut super cit.* et gloss. *ibid. V. renuntiatum*; nam apostoli traduntur in favorem appellantis; favori autem pro se introducto quilibet renuntiare potest.

95

2. Si appellatio sit acceptata ab appellato seu adversario, et ipse velit, ac petat, ut tota causa instructa ad judicem appellationis mittatur, judex *a quo* appellanti acta judicii, seu copiam eorum judiciali suo sigillo obsignatam exhibebit, quae ad judicem appellationis deferantur; *l. is apud* 2. *C. de edend.* Quodsi vero judex *a quo* illa edere recuset, mandatis poenalibus per judicem *ad quem*

compelli ad istud potest; Gaill. *l.* 1. *obs.* 132. *n.* 1. Pirh. *hic n.* 186. Dixi, *si sit acceptata, et petitum etc.* nam si aut acceptata non est, aut non petitum, ut causa in curia judicis appellationis agatur, tunc satis est, si appellans sine actis veniat, vel procuratorem mittat ad litteras delegationis impetrandas; *c. Nicolao* 64. *c. interposita* 70. §. *eidem quoque hoc tit.* Innoc. *in c. V. petierit post n.* 5. *hoc tit. in* 6.

96

3. Si appellans moras trahat in prosequenda appellatione, potest judex *a quo* eundem compellere, ut intra terminum ipsi praefixum vel appellationem prosequatur, vel coram se juri pareat; *cap. adhaec* 27. *hoc t.* Ratio est, quia qui appellationem intra tempus debitum non prosequitur, censetur non appellasse; is autem, qui non appellavit, vel non legitime recedit a judice, qui causam cognoscere debet, sententiae illius parere cogitur: ergo etc. *Excipitur*, si judex *a quo* sive ordinarius, sive delegatus, ut suspectus recusatus fuerit; tunc enim vel partes possunt eligere arbitrium, qui de causa suspicionis cognoscat, eamque dirimat; vel potest ipse judex recusatus compellere partes, ut judicem eligant, cui ipse vices suas, seu causam committat; *c. adhaec cit.* Abb. *ib. n.* 3. Alex. *n.* 6. Vivian. *in ration.* Pirh. *hic n.* 180.

97

Quaeritur 3. quod sit officium judicis *ad quem*? Resp. Ante omnia debet cognoscere, an justa fuerit causa appellandi: de quo priusquam cognoscat per se, vel per alium non suspectum, non debet, nec potest causam appellationis examinandam remittere ad judicem, a quo est appellatum, nisi pars, quae appellavit, consentiat; *c. accepta* 35. *h. tit.* Ratio est, quia praesumptio, et periculum est, ne judex, *a quo* ob gravamen appellatur, iterum gravet. Proceditque hoc etiam casu, quo judex *a quo* successit in locum judicis *ad quem* defuncti, vel ab officio suo remoti; nam neque tunc judex, *a quo* appellatum est, de causa appellationis potest cognoscere, si altera pars adversa repugnet, sed opus erit, ut alii personae non suspectae causam deleget, ut tradit gloss. *in l. eos qui* 6. *V. provocatum* junct. gloss. *marg. litt. C. h. tit.*

98

Devolutionis articulo discusso, interest, an bene appellatum; male judicatum superior pronuntiarit, an contra pronuntiarit male appellatum, bene judicatum. *Si primum*, de causae tanquam per appellationis viam ad se legitime devolutae, meritis ipse cognoscet, eamque secundum ista terminabit per sententiam definitivam; *l. eos qui cit.* quam etiam, nisi illa per appellationem denuo interpositam

suspendatur, mandabit executioni. *Proceditque* hoc, etiamsi appellatum sit tantum a sententia interlocutoria ante definitivam; nam eo casu, si legitime appellatum sit, judex *ad quem* cognoscere potest non tantum de articulo, a quo appellatum est, sed etiam de causa principali, nec remittere illam ad judicem priorem debet; *l. eos qui cit. princ.* gloss. *in c. ut debitus* 59. *V. alioquin hoc tit.* Barb. *ibid. n.* 7. Gaill. *l.* 1. *obs.* 131. *n.* 1. Vviest. *hic n.* 98. Ratio est, quia ad eum, qui semel gravavit, causa remitti non debet, cum praesumatur etiam imposterum gravare velle.

99

Si secundum, et judex *ad quem* pronuntiet male appellatum, bene judicatum distinguendum, an appellatum sit a sententia definitiva, an ab interlocutoria. *Si a definitiva*, eandem confirmabit, atque etiam exequetur, ut dictum est *tit.* 27. *n.* 96. *Si ab interlocutoria*, appellante in expensis condemnato, causam remittere debet ad judicem priorem, praecipiendo appellanti, ut non obstante tali appellatione, ipsi obtemperet, ut deciditur *c. cum in ecclesia* 38. *c. ut debitus* 59. *hoc tit. et c. romana* 3. §. *fin. eod. in* 6. ut ubi judicium coeptum est, ibi et finem accipiat; *l. ubi* 30. *ff. de judic. Excipitur*, nisi judex *a quo* detulerit appellationi, etsi iniquae, et frivolae; tunc enim non tenetur judex *ad quem* causam remittere, quamvis possit, si velit, prout constat *ex c. cum appellationibus* 5. *h. tit. in* 6. Ratio est, quia appellationi illegitimae deferendo jurisdictionem in illa causa a se abdicavit. Porro haec, quae de appellatione ad interlocutoria frivole interposita hic dicta sunt, tantum procedunt jure decretalium; nam jure novissimo *Trid. sess.* 24. *c.* 20. *de reform.* appellationes ab interlocutoria prohibentur recipi, nisi vel vim definitivae habeant, vel gravamen per sententiam definitivam non reparabile inferant, ut dictum est *n.* 19. *supra.*

100

Quaeritur 4. quando judex *ad quem* inhibere judici *a quo* possit, ne procedat in causa, et ne sententiam exequatur? Resp. Ut hoc possit, debet 1. constare, quod appellatum sit, et quidem legitime, intra debitum tempus, et cum ceteris requisitis, ut statuitur *c. romana* 3. §. *si vero* 3. *h. tit. in* 6. et notat *ib.* gloss. *V. in causa, et V. sententiae*; Pirh. *hic n.* 207. Ratio est, quia prius constare debet de potestate jurisdictionis, quam ad illius exercitium procedatur; non autem devolvitur jurisdictio a judice *a quo* ad judicem *ad quem,* nisi constet legitime esse appellatum; ergo etc.

101

2. Debet prius constare judici *ad quem*, quod appellatio ex legitima, et vera causa sit interposita; *c. romana cit.* §. *quodsi* 4. di-

scrimen tamen est inter appellationem interpositam a sententia definitiva, et inter eam, quae interposita est ab interlocutoria, vel a gravamine ante sententiam definitivam; nam si appellatum sit a definitiva, potest judex *ad quem* statim, cum post receptam appellationem partes citat, simul etiam inhibere judici *a quo* ne ad executionem procedat: at si appellatum sit ab interlocutoria, antequam inhibeat judici inferiori in causa procedere, causa appellandi debet prius esse probata et justificata, et quidem in praesentia partium, ut recte Pirh. *hic n.* 208.

102

3. Constari judici debet, an appellatio facta sit in casu a jure prohibito, vel non; plurimum enim istud refert ad appellandum. Vel enim constat appellatum esse in casu a jure prohibito, vel constat e contrario appellatum esse in casu a jure non prohibito, vel dubium est de hoc. *Si primum*, non est admittenda appellatio, et conf. neque inhibendum judici, *a quo*, ne ad executionem procedat. *Excipitur*, nisi causa rationabilis, et justa expressa fuerit in appellatione; tunc enim illa admitti deberet, et executio sententiae suspendi; Pirb. *n.* 210. *Si secundum*, repetenda est distinctio *n. praec.* inter appellationem a sententia definitiva, et interlocutoria; nam si appellatum sit a sententia definitiva, hoc ipso, quod constet appellatum esse intra debitum tempus, statim judex appellationis absque praevia cognitione, an appellatio recipienda sit, potest inhibere judici *a quo*, ne sententiam exequatur. Secus, si ab interlocutoria; tunc enim, ut *n. cit.* dictum est, cognosci prius debet de veritate causae appellandi. *Si tertium*, judex *ad quem* ante omnia de veritate causae cognoscere debet, et prout cognoverit justam, vel non justam esse, sententiam ferre, appellantem vel ad judicem *a quo* remittendo, vel audiendo; Pirh. *n.* 211.

103

Quaeritur 5. cui imponere onus probandi judex *ad quem* in causa appellationis debeat? Resp. distinguendum inter ea, que pertinent ad praeparatoria judicii, quae atque ad ipsum processum, et denique quae spectant ad merita causae principalis, nam secundum horum diversitatem diversa a diversis probari debent.

1. Enim, quod attinet ad praeparatoria judicii, seu processus judicialis, appellans coram judice *ad quem* probare debet, se legitimo tempore appellasse, atque ex causa rationabili: et hinc, ut Joan. Andr. et cum ipso Alex. *c.* 38. *n.* 5. *hoc tit.* advertit, appellans tenetur producere appellationem, et ipsam sententiam, a qua appellavit, ut constet, an legitime appellaverit.

66 *

2. Quod attinet ad processum judicii, si pars altera, sive reus dicat aliquid omissum esse, v. g. se non esse citatum, vel sententiam latam fuisse, sine causae cognitione, tum id probari debet ex actorum inspectione, quae judex inspiciat; *l. is apud* 2. *C. de edendo.*

3. Quod ad merita causae principalis spectat, is, qui in prima instantia judicii directe per testes, vel instrumenta debuit probare, idem quoque in secunda, seu appellationis instantia debet producere probationes sive novas, sive ex prioribus actis depromptas; Bartol. *in l. hi qui* 7. *n.* 4. *C. h. tit.* Abb. *in c. per tuas* 58. *hoc tit. n.* 6. Alex. *ibid. n.* 22. *cas.* 4. *et* 5. Pirh. *hic* 2. 202.

104

Quaeritur 6. quid possit judex *ad quem* in tertium, contra quem non est lata sententia, vel in aliis causis, quae causam appellationis non tangunt? Resp. De his sequentia sunt advertenda. 1. tertius interveniens non per hoc subjicitur jurisdictioni judicis *ad quem*, sed coram judice suo immediato conveniri debet; gloss. *in cap. romana* 3. §. *in alium* 6. *V. eod h. tit. in* 6. quia res inter alios acta aliis non praejudicat; *c. cum super* 17. *de sent. et re judic.* Hinc judex *ad quem* illum tertium etiam citare nequit, excepto casu, quo tertius ille jurisdictionem ipsius turbare vellet; tunc enim illum citare posset: et ratio est, quia judex omnia potest, sine quibus jurisdictionem in causa, de qua cognoscere potest, commode exercere nequit; *c. praeterea* 5. *de offic. deleg.*

2. Ipse appellans in aliis causis jurisdictioni judicis sui ordinarii subjectus manet: ac proinde de his coram isto, non coram judice appellationis conveniri debet; *c. romana cit.* §. *cum vero* 7. Resp. *aliqua* ratio est, quia appellatio non eximit appellantem a jurisdictione judicis *a quo*, nisi in ea tantum causa, super qua appellatum est; *c. proposuit* 24. *hoc tit.*

3. Si episcopus in appellantem promulgaverit sententiam excommunicationis, et aliarum censurarum, judex *ad quem* revocare illas non potest, aut irritas declarare, nisi vocatis partibus, prius cognoverit, num appellatio sit legitima, vel non; *c. romana cit.* §. *sententias* 9. Ratio est, quia ad judicem *ad quem* devolvitur jurisdictio primum, quando constat, quod legitima sit appellatio.

105

Quaeritur 7. an appellans poenitere, et appellationi renuntiare possit? Certum est renuntiare posse *appellationi interponendae;* quia potest ea omissa subjicere se sententiae, et sic facere, ut ea transeat in rem judicatam.

An *interpositae* renuntiare, et ad inferiorem judicem redire valeat, adversario invito, et contradicente, difficultas est: quae solvi ope distinctionis potest: vel enim res adhuc est integra, vel per acceptationem appellati res integra esse desiit.

Si hoc secundum, non potest appellans ab appellatione recedere in praejudicium adversarii, et invito appellato; quia appellatio tunc censetur utrique parti communis; Abb. *in c. interposita* 70. §. *ille denique h. t. n.* 4. Alex. *ibid. n.* 2. Gaill. *l.* 1. *obs.* 122. *n.* 8. Haun. *in treutler. D.* 3. *q.* 24. Pirh. *hic n.* 191. Vvicst. *n.* 101.

Si primum, et appellatio nondum est acceptata ab adversario seu appellato, renuntiare appellationi potest appellans, adeoque si consecutiat, vel petat causam remitti ad judicem *a quo*, jure ad hunc fit remissio; §. *ille denique cit. et l. siquis* 28. *C. eod.* Ratio est, quia quod ad judicem *a quo* appellatio remitti non debeat, priusquam constet male appellatum esse, statutum est in favorem appellantis tantum; favori autem pro se introducto quilibet renuntiare potest. Neque appellatus eo casu contradicere potest; quia judicem *a quo* suspectum habere non potest, quippe qui pro ipso tulit sententiam.

Condemnatur tamen hoc casu appellans appellationem revocans adversario in expensas; quia censetur temere appellasse, et malitiose traxisse adversarium ad judicem appellationis. Hinc ut liber sit a solutione expensarum, non tantum ipse, sed etiam adversarius consentire debet in remissionem causae ad judicem *a quo*, ut recte advertit Pirh. *hic n.* 191.

106

Quaeritur 8. an si litigans coram suo judice non appellavit ab interlocutoria, postea vero appellavit a definitiva, judex appellationis possit revocare interlocutoriam, et gravamen per illam illarum reparare? Resp. distinguendo; vel enim sententia intelocutoria talis est, quae negotio, seu causae principali praejudicet, et reddat processum retro nullum, vel talis est, ut praejudicium negotio principali nullum afferat.

Si primum, judex appellationis revocare, et emendare gravamen per eam illatum potest, licet gravatus intra decendium post eam latam appellare intermiserit. *Si secundum*, judex appellationis non potest hujusmodi interlocutoriam, vel gravamen per illam illatum, vi appellationis a definitiva postea interpositae revocare, vel emendare, prout statuitur *c. fin. h. tit. in* 6.

107

Ratio primi membri est: quia si talis interlocutoria per appellationem a sententia definitiva revocari, et emendari non posset,

non posset ipsa causa principalis bene expediri, et nihil prodesset a definitiva appellasse. Accedit, quia per talem appellationem a definitiva ad judicem appellationis devolvuntur omnia, quae prius acta sunt, cum acta sint in finem definitivae sententiae; igitur sicut definitivam revocare, et corrigere judex appellationis potest, ita etiam acta ob finem definitivae sententiae. *Ratio secundi* sumitur per argumentum a sensu contrario; cessat enim in tali casu causa, ex qua permittitur revocare, et corrigere interlocutoriam ob appellationem a definitiva.

Hinc consultum est, ut bene monet Pirh. *hic n.* 216. ut partes litigantes coram judice primae instantiae plene jura sua deducant, petantque probationes, et exceptiones integre recipi, et in actis describi; nam hoc casu, si altera pars a sententia lata appellet, et coram judice appellationis nihil novi afferat, is, contra quem appellatum est, non tenetur ulterius ad articulos respondere, sed ad acta prioris judicii referre se potest.

§. VIII.

De effectibus appellationis, et attentatis post illam

SUMMARIUM

108

Quaeritur 1. quis sit effectus appellationis a sententia definitiva legitime interpositae? Resp. Duos celebres effectus habet, quorum unus *devolutivus*, alter suspensivus dicitur.

Devolutivi effectus vi id operatur appellatio, quod causa, super qua appellatum est, ejusque cognitio cum omnibus accessoriis ab inferiore judice devolvatur ad superiorem, ad quem est provocatum, et huic tribuat jus, ac potestatem de causa cognoscendi; *c. dilectis* 55. *et ibi* glossa *V. principale, cap. ut debitus* 59. *in fin. et ibi* glossa *V. alioquin hoc tit. c. romana* 3. §. *si vero* 3. *eod. in* 6.

Suspensivi vis in eo constitit, quod per eam suspendatur jurisdictio judicis *a quo*, ita, ut sententiam a se latam, pendente appellatione, executioni mandare non possit, sed in eo statu omnia relinquere debeat, in quo statu fuerunt tempore appellationis interpositae; *c. directa* 39. *h. tit. c. venientes* 19. *princ. de jurejur l. un. ff. nih. innovar. appell. interpos. l. accusatorum* 1. §. *fin. ff. ad S. C. Turpill.*

Addi his potest effectus tertius, *remedium attentatorum*; quo revocari debent non tantum ea, quae pendente appellatione innovata sunt, sed etiam illa, quae attentata sunt ante interpositionem ap-

pellationis post sententiam latam intra tempus decendii; *c. non solum* 7. *princ. hoc tit. attentata* dicuntur, quia, quae ita facta sunt, non valent ut vere facta, sed habentur tanquam conatus ad faciendum imperfecti, sive tentata, num fieri possent; Pirh. *hic. n.* 245.

109

Quaeritur 2. an semper appellatio operetur effectum tam suspensivum, quam devolutivum? Resp. negative; nam interdum non habet effectum suspensivum, sed devolutivum tantum: idque in duplici maxime casu. *Unus* est, si appelletur a sententia nulla; nam per talem appellationem sententia prioris judicis non suspenditur, quippe quae omnino non subsistit, et nullius roboris est, devolvitur tamen causa ad judicem superiorem, ad quem est appellatum: et hoc sensu dicitur appellari posse a sententia nulla; Abb. *in rubr. hoc tit. n.* 5. *et in c. dilecto* 63. *eod. n.* 8. Sylv. *V. appellatio n.* 1. Pirh. *hic n.* 237. *Alter*, quando appellatur a sententia censurae ecclesiasticae; nam haec per appellationem subsequentem non suspenditur; si sit absolute inflicta (quia statim ligat, cum trahat secum executionem; *c. ad haec* 37. *c. pastoralis* 53. §. *verum h. tit. et c. is cui* 20. *in fin. de sent. excomm. in* 6.) causam tamen transfert ad superiorem, ad quem est provocatum. Ita. cum *cit.* glossa *in cap. ad haec citat. V. interdictum*, Barbos. *ibid. n.* 5. Gonz. *n.* 3. Vviest. *n.* 3.

110

Dixi, Si *sit absolute inflicta*; nam si lata solum sub conditione sit, multum refert, an lata sit ante conditionis eventum, an vero ea impleta. *Si hoc secundum*, censura effectum suum statim consequitur; quia transit in absolutam, et secum trahit executionem, ita, ut ab illa appellari nequeat etiam intra decendium; §. *verum cit.* Suarez *D.* 2. *de censur. sect.* 6. *n.* 4. Pirhing. *hic n.* 234. *Excipitur*, nisi censura lata sit sub conditione ipsius appellationis, et judex dicat, *si appellaverit*, *sit excommunicatus*; tunc enim, cum ante appellationem non incurratur excommunicatio, post appellationem autem suspensa sit jurisdictio judicis, qui sententiam ita conditionatam tulit, etsi appellet, excommunicationem non incurret; Abb. *in c. praeterea* 40. *h. tit. n.* 15. Sylv. *V. excommunicatio* 2. *n.* 16. Pirh. *hic n.* 236. saltem attenta propria significatione verborum, et nisi aliter praesumi possit ex mente excommunicantis, quod intendat ligare censura etiam ante actum appellationis perfectum.

111

Si primum, sententia censurae per appellationem sic interpositam suspenditur, ita, ut non contrahatur, sive conditio, sub qua lata est, servetur, sive non servetur, prout deciditur, *c. praeterea* 40. *cit.* et ratio est, quia non potest quis censuram incurrere, nisi obli-

getur sententia, seu praecepto exequendi id, quod sub. censura ipsi praecipitur. Atqui appellans a censura sub conditione lata non obligatur praecepto, seu sententia judicis; si enim obligaretur, obligaretur vel ante conditionis eventum; et hoc fieri non potest, cum ab ejusdem eventu pendeat sententiae obligatio; vel post eventum, et tunc per appellationem prius factam jurisdictio judicis, seu excommunicatoris jam fuit suspensa, adeoque etiam sententia censurae. *Neque obstat*, quod alias dispositio conditionalis, impleta conditione, retrotrahatur ad tempus, quo facta est, ut proinde idem sit, acsi ab initio sine conditione fuisset facta; nam retrotractio haec solum fit, quando disponens id vult, aut velle potest, aut saltem debet. At in nostro casu judex, qui censuram infligit sub conditione e. g. si Titius intra 20. dies non satisfecerit, vel restituerit, non vult, nec velle potest, ut impleta conditione sententia censurae retrotrahatur ad tempus, quo lata est; nam censura inferri non potest, nisi praecedat transgressio, vel contumacia, quam non incurrit ante 20. dies elapsos et a judice sibi praefixos.

112

Proceditque hoc, etiamsi a sententia censurae sub conditione latae appellatum sit post elapsos 10. dies; nam modo conditio adhuc pendens sit, et nondum impleta, per appellationem interpositam suspenditur censura; glos. *in c. praeterea cit. V. impedire* Cov. *c. in alma p.* 1. §. 10. *n.* 4. Suar. *D.* 3. *de censur. sect.* 6. *n.* 4. Pirh. *hic n.* 234. et constat ex *c. praeterea cit.* nam ibi absolute, et indefinite dicitur, *medio tempore* inter latam sententiam et eventum conditionis appellari posse, ita ut censura non incurratur. *Ratio est*, quia qui praecipit aliquid sub censura incurrenda, nisi id fiat, quod praecipit, pendente conditione continuo gravat, et ideo semper a tali gravamine appellari potest, etiam post tempus praefixum ad appellandum, donec impleatur conditio. *Neque* obstat, quod ab aliis sententiis sub conditione latis appellari nequeat, nisi intra decendium; *l. siquidem* 1. §. *biduum* 5. *ff. quand appelland.* Disparitas est insinuata *n. praec.* quia scilicet in aliis sententiis eventus conditioni retrotrahitur ad tempus, quo sententia lata est, acsi ab initio fuisset absolute lata; quod secundum dicta *n. cit.* fieri non potest in censura sub conditione lata.

113

Quaeritur 3. in quibus causis per appellationem suspendatur jurisdictio judicis *a quo*? Resp. in ea solum causa in qua appellatum est; nam in aliis ab ea diversis tam criminalibus, quam civilibus causis judex *a quo* contra appellantem procedere permittitur; *c. praeterea* 22. *et proposuit* 24. *h. t.* Ratio est, quia per appellationem ap-

pellans non eximitur a jurisdictione judicis ordinarii, nisi in ea causa tantum, in qua appellatum est; *c. cum teneamur* 17. *h. t.* et glos. *in c. proposuit cit. V. in aliis.*

114

Dubium est inter DD. an judex, a quo in una causa est appellatum tanquam suspectus, idcirco recusari possit etiam quoad alias. Affirmant glossa *in c. proposuit cit. v. non debet* Maran. *de ordin. judic. p.* 6. *tit. de appel. n.* 61. propter textum *c. proposuit cit. et c. ad haec* 6. *h. t.* Negant Abb. *in c. proposuit cit. n.* 2. et Felin. *ib. n.* 1. propter non minus claram *rubricam*; *et l. un. ff. apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellendum.* Mediam viam invenit Bart. *in l. un. cit.* et recusationem hoc casu permissam esse negat de jure canonico, de jure civili affirmat concessam ob textus utriusque juris *cit.* Gonz. *in c. adhaec cit. n.* 2. cujus interpretationem approbat etiam P. Vvies. *hic n.* 130. *et* 131. in concordiam reducere nititur jus utrumque, dum ait neutro jure judicem *a quo*, sola appellatione interposita, suspectum reddi, nisi sententiae ab eo latae injustitia notoria sit, aut aliis indiciis prodatur odium unius partis litigantium, amoris alterius. *Rationem* dant, quia appellatio sola non est justa causa offensionis, cum per ipsam judici nulla injuria inferatur; *l. et in majoribus* 20. *C. h. t. Conf.* quia si recusari posset tamquam suspectus, recusari posset vel ante appellationis exitum, vel post illum. *Non ante*; quia adhuc ignoratur, an bene, vel male sit judicatum, et sic imprudens suspicio offensae est. *Non post*; vel enim postea pronuntiatur, male fuisse appellatum, bene judicatum, vel contra bene appellatum, male judicatum. *Si primum*, ipsa causa appellationis ad judicem *a quo* remittitur, et cons. non est ratio, cur in aliis causis recusetur *Si secundum*, saepe sententia reformatur, non quod judex *a quo* imperite, vel inique pronuntiaverit, sed quod pars succumbens, omissis, quae allegare debuit, jus et intentionem suam non satis probarit, et cons. iterum non est prudens offensae suspicio.

115

Quaeritur 4. quaenam judex *a quo* possit circa ipsam causam, a qua appellatum est, quin vitium attentati incurrat? Resp. hic regulam generalem esse, quod judici *a quo* circa causam, in qua appellatum est, liceant omnia, quae appellationem juvant, et ad faciliorem illius exitum tendunt, vel saltem non tendunt in illius praejudicium. Et hinc

1. Potest judex *a quo* citare appellantem ad audiendam revocationem gravaminis, et tunc appellans tenetur coram ipsius tribunali comparere; alioquin si non comparuerit, et judex *a quo* in termino

praefixo gravamen revocaverit, libere potest in causa procedere, tanquam contra contumacem, perinde acsi appellatum non fuisset; *cap. si judex* 10. *h. t. in* 6. Ratio est, quia tunc cessat gravamen; cons. etiam appellatio, quae effectus gravaminis est, cessare debet.

2. Potest pendente appellatione praefigere terminum appellanti, inhibere partibus, ne interea quidpiam attentent, vel immutent, super ipsis attentatis ordine judiciario summarie cognoscere, et quae male attentata, vel innovata sunt, revocare etc. *c. cum teneamur* 17. *h. t.* Abb. *ib. n.* 1. Val. *hic* §. 17. *n.* 6. Pirh. *n.* 222. et canonistae communiter. Ratio est, quia haec omnia ad faciliorem exitum causae appellationis tendunt.

116

3. Licet post appellationem legitime interpositam excommunicare appellantem judex *a quo* nequeat, potest tamen sententiam excommunicationis, vel alterius censurae a se latam, non obstante appellatione ab illa, denuntiare; et publicare appellantem excommunicatum, ut ab aliis vitetur; quia denuntiando nihil innovat, cum excommunicatio executionem post se trahat; *c. pastoralis* 53. §. *verum h. t.* Item potest eundem privare fructibus sui beneficii, et distributionibus; quia ex quo exemptus est a communione fidelium, et ecclesiae, non debet ex fructibus ejus alimentari; Abb. *in* §. *verum cit. n.* 1. *et* 17. Vall. §. 17. *cit. n.* 4.

4. Si excommunicatus, vel interdictus personaliter ob contumaciam, vel aliam causam, appellavit ad papam, vel alium judicem superiorem, potest eo non obstante, a judice *a quo* absolutionem petere, salva appellationis causa, eamque absolutionem judex, qui excommunicavit, recepta prius sufficienti cautione, conferre potest, et debet, licet adversarius contradicat, et appellet, ne absolvatur; *c. qua fronte* 25. *h. t.* Ratio est, tum quia per hujusmodi absolutionem ab excommunicatione factam ab eo, qui excommunicavit, non impeditur cursus appellationis; et sic nihil decedit adversario, contra quem appellatum est, cum huic sufficienter provideatur per cautionem de parendo juri: tum quia sic consulitur animae ipsius excommunicati, ne, priusquam causam appellationis prosequatur, in excommunicatione extra communionem fidelium decedat: et in hoc etiam adversario prodest absolutio, ne interim vitetur: id autem, quod tendit ad faciliorem exitum appellationis, potest facere judex *a quo* juxta dicta *n.* 115.

117

5. Potest judex *a quo*, pendente appellatione, in quibusdam casibus procedere ad executionem suae sententiae. Et talis est 1. si appellatio sit manifeste frivola, modo ei non detulerit; *c. cum appel-*

lationibus 5. *h. t. in* 6. In notoriis: ideoque dicitur notorie criminosum non esse audiendum; *c. proposuit* 24. *h. t.* 3. in casibus, in quibus de jure appellare non licet; *c. non solum* 7. et ibi glos. *V. casibus eod. in* 6. 4. in casibus, ubi statuta, vel jura concedunt paratam executionem, nisi appellans alleget justam aliquam causam, ob quam admitti debeat appellatio; glos. *in c. Romana* 3. §. *si autem eod. in* 6. 5. appellatio in possessorio non retractat executionem jure civili; *l. un C. si de moment. posses.* glos. *in c. cum ad sedem V. interdict. de restit. spoliat.*

6. Potest innovatio fieri contra tertium, etiam super eadem re, si nihil intersit appellantis eam fieri, vel non fieri. E. g. si ex duobus correis debendi in solidum unus conventus, et condemnatus appellaverit, non obstante ea appellatione, alius conveniri, et adversus eum judex aeque procedere potest; *l. creditor* 60. *princ. ff. mandat.* quia res inter alios acta aliis non praejudicat; Gail. *lib.* 1. *obs.* 144. *n.* 9. Vall. §. 17. *n.* 2.

118

7. Pendente appellatione, potest possessor frui commodis suae possessionis, eamque continuare; quia per appellationem possessor ista non exuitur; Vall. §. 17. *cit. n.* 3.

8. Judex *a quo* taxare potest expensas, ad quas condemnavit: quia tunc non censetur innovare, sed potius declarare pronuntiata; Vall. *n.* 6.

9. Partes possunt non proposita proponere, et non probata probare, atque exceptiones opponere, modo tamen actionem, et causam, coram judice *a quo* propositam, respiciant, et ei connexa sint; *l. per hanc* 4. *C. de temp. appel.*

10. Denique appellatione pendente, ea fieri possunt, quae fieri poterant, pendente causa principali modo si actus judiciales sint, fiant a, vel coram judice, qui quoad illos actus est hic et nunc competens; Vall. *n.* 3.

119

Quaeritur 5. quid requiratur, ut revocari possint, et debeant attentata post appellationem? Resp. Hic distinguendum est inter sententiam definitivam, et interlocutoriam: *si appellatum sit a sententia definitiva, vel interlocutoria vim definitivae habente*, sufficit, si fuerit appellatum legitime: unde si petens attentata revocari tria haec probaverit, sc. esse definitive pronuntiatum, esse appellatum, et postea attentatum, vel innovatum aliquid, audiri debet a judice *ad quem*, et ante omnia revocari, quae interim acta sunt: neque necesse est appellationem esse justificatam, vel ut constet, aut probetur causam appellandi veram, et legitimam esse.

120

At si appellatum sit ab interlocutoria simplici, requiritur, ut judici *a quo* a judice superiore canonice inhibitum sit, ne ulterius in causa procederet: ut vero inhibitio haec canonica sit, praemittenda est justificatio appellationis, seu ostendendum, quod appellandi causa justa, et rationabilis fuerit, et sic causa ipsa per apppellationem devoluta ad superiorem; *c. non solum* 7. §. *illa hoc tit. in* 6. gloss. *ibid. V. ante definitivam*, Franc. *n.* 5. Covar. *pract. c.* 24. *n.* 1. Pirh. *h. n.* 243. Vviest. *n.* 133.

121

Ratio differentiae istius est, quia per sententiam definitivam finitur officium judicis *a quo*, ejusque jurisdictio statim, ubi a tali sententia appellatum fuerit, suspenditur, causaque tota ad judicem *ad quem* devolvitur, sine ulla justificatione causae appellandi. At vero in appellatione ab interlocutoria exprimenda est causa rationabilis, propter quam appellatur, eaque probanda est, ut suspensa sit jurisdictio judicis inferioris, a quo provocatum est.

122

Quaeritur 6. quaenam attentatorum nomine sint revocanda? Resp. Hic iterum distinguendum est inter appellationem a sententia definitiva, et inter appellationem ab interlocutoria. *Si a definitiva, vel interlocutoria definitivae vim habente appellatum sit*, revocanda sunt omnia, quae a tempore interpositae appellationis, imo etiam ante illam intra decendium, quo appellari potuit, in praejudicium sententiae, et causae appellationis sunt innovata; *c. sollicitudinem* 54. *hoc tit. Si vero appellatum sit a sententia interlocutoria simplici*, causa justificata, non omnia, sed ea tantum acta judicis *a quo* revocantur, quae post canonicam inhibitionem sunt attentata; Franc. *in c. non solum cit. n.* 5. Laym. *n.* 3. Barb. *n.* 3. Vviest. *hic n.* 133. *Excipitur*, nisi judex *a quo* appellationi statim detulisset; cum enim eam admittendo a se abdicet jurisdictionem, eaque tam super causa principali, quam super articulo appellationis in superiorem transferatur, postea ab ipso acta in irritum revocanda erunt, quantumvis inhibitio facta non sit; gloss. *in c. non solum cit. V. nisi judex* Gaill. *l.* 1. *obs.* 144. *n.* 3. Pirh. *hic n.* 244. *in fin.* Vvies. *n.* 133. *cit.*

123

Proceditque hoc, sive a judice, sive a partibus aliquid attentatum sit; Joan. Monach. *in c. cupientes n.* 132. *de elect. in* 6. Vall. §. 1. 5. *n.* 9. *hic* Pirh. *n.* 249. multum tamen refert, an judex *a quo*, an vero partes, et quaenam illarum attentet aliquid; nam si *ipse judex, aut pars appellata*, pendente appellatione, attentent ali-

quid, vel innovent, praeterquam quod acta revocari, et cassari debeant, etiam in expensis appellanti praestandis condemnantur. Si vero *pars appellans*, considerandum, an id, quod attentatur, sit immediate contrarium appellationi propriac, an vero non. *Si secundum*, attentata revocari debent. *Si primum*, non revocantur, sed appellationis favore privatur appellans; quia dum propria authoritate jus sibi dicit, judicem appellationis contempsisse censetur, adeoque beneficio appellationis indignum se reddit; frustra enim invocat auxilium legis, qui committit in legem; *c. bonae* 23. *de elect. l. auxilium* 37. *in fin. ff. de minorib.* Vall. *hic* §. 15. *n.* 9. Pirh. *n.* 249. quin et attentando aliquid contra primam appellationem, censetur eidem renuntiasse, eamque deseruisse. Quare hoc casu sententia, a qua appellatum est, statim transit in rem judicatam, ita, ut judex *a quo* perinde, acsi appellatum non esset, ad executionem possit procedere; *c. cum sit* 3. *h. tit.* Neque hoc casu opus est, ut appellatus exhibeat libellum, et petat sic attentata revocari, sed sufficiet, si iis probatis, postulet, ut judex appellationis causam tanquam desertam pro executione ad judicem *a quo* remittat; Gaill. *l.* 1. *obs.* 146. *n.* 11. *et seq.* Vall. Pirh. *l. cit.*

124

Quaeritur 7. an attentatorum remedium locum habeat etiam in extrajudiciali appellatione? Resp. affirmative; nam etiam haec revocanda sunt, si appellatum sit legitime, ut colligitur ex *c. bonae* 51. *h. tit.* et notat *ibid.* gloss. *in eum statum,* Abb. *n.* 10. *et* 19. Alex. *n.* 55. Pirh. *hic n.* 252. *et* 253. Vviest. *n.* 134. Proinde siquis extra judicium ex verisimilibus causis appellet, ne in possessione molestetur, et postea spolietur, ante omnia restituendus est in pristinum statum, in quo erat tempore appellationis interpositae, ita, ut per viam attentati agere possit non tantum adversus attentantem, seu spoliantem, sed etiam adversus quemlibet sive malae, sive bonae fidei possessorem, et fructus percepti eidem restitui debeant, salvo manente utrique parti jure proprietatis, prout sumitur ex *cit. c.* et notant DD. allegati. Ratio est, quia non solum lex prohibet aliquid innovari pendente appellatione, sed generaliter pendente lite; *c. a memoria* 1. *et c. seq. ut lit. pend. nih. innov.* atqui appellatio extrajudicialis, cum minimum sit provocatio ad causam, inducit litis pendentiam; ergo etc.

125

Triplex tamen inter appellationem judicialem, et extrajudicialem quoad attentata notandum discrimen est. 1. in judiciali revocantur omnia attentata, licet non sint directe contra appellationem; *c. non solum* 7. *prin. h. tit.* 6. in extrajudiciali autem ea duntaxat

xat, quae sunt directe contra appellationem, et non alia; Vall. *hic* §. 15. *n.* 5. Pirh. *n.* 245. Vviest. *n.* 135. et ab his *cit.* Ratio differentiae est, quia appellatio judicialis, ut dictum est *n.* 98. etiam in uno articulo facta, in totum, et quoad totam causam suspendit jurisdictionem judicis: ideoque omnia revocantur; at vero extrajudicialis non suspendit jurisdictionem, ex quo extrajudicialiter proceditur, ideoque revocatur duntaxat, quod est in gravamen appellationis, seu contra appellationem. 2. Ut in judiciali appellatione attentata revocentur, necesse est appellationem esse intimatam judici, et parti, nam alias judex, et pars, si ignorent appellatum esse, possunt de jure procedere in causa, nec revocantur tunc per eos attentata: Secus in extrajudiciali, in qua revocantur, licet non fuerit intimata appellatio; Vall. *n.* 6. Pirh. *n.* 248. et plures alii. 3. Extrajudicialis appellatio erga quemvis, etiam non judicem, tendere potest, et conf. ea pendente, nihil innovari debet a parte, contra quam facta appellatio; *cap. bonae* 23. *de elect.* alioquin, quidquid actum est, revocabitur; appellatio autem judicialis proprie, ac directe tendit contra judicem, ut is nihil interea mutet, indirecte vero etiam contra partem, ut nihil agat, per quod status mutetur; *c. cum teneamur* 17. *h. tit.*

126

Quaeritur 8. quae sint privilegia remedio attentatorum competentia? Resp. Plurima sunt, estque remedium hoc longe promptius spoliato, seu turbato in sua possessione, quam interdictum *unde vi.* Nam 1. in interdicto *unde vi*, quia est instar actionis, ordo judicialis observandus est, nec sine libello, litis contestatione, et aliis, quae in ordinariis judiciis plerumque requiruntur, ad restitutionem perveuitur; *c. accedens* 2. *ut lit. non contest.* at in revocatione attentatorum, si notoria sint, non requiritur ordo judiciarius, nec litis contestatione opus est, sed implorato officio mercenario de plano proceditur, cum sola citatione, et causae cognitione, aliis solemnitatibus omissis; Abb. *in c. bonae* 51. *h. tit. n.* 16. *et* 17. Alex. *ib. n.* 22. Vall. §. 16. *n.* 3. Pirh. *hic n.* 254. Vviest. *n.* 137. imo judex ex officio, parte non petente, et sic non jure actionis talia attentata revocare potest quia per illa plus ipse, quam pars laeditur, et lex, prohibens aliquid lite pendente innovari, contemnitur; Gaill. *l.* 1. *obs.* 146. *n.* 7.

127

2. Interdictum pro solis immobilibus, et contra eum dumtaxat, qui spoliavit, spoliationem mandavit, aut eam suo nomine factam ratam habuit, ut *tit.* 13. *a n.* 1. dictum est, locum habet. At vero remedium attentatorum etiam pro mobilibus, et adversus

quemcumque sive bonae, sive malae fidei possessorem datur, sive deinde res illae scienter, sive ignoranter, sive per partem, sive per judicem ad eum pervenerint; *c. bonae cit. c. ex parte* 7. *de testib.* Vall. *n.* 5. Pirh. *n.* 254. *cit.* Vviest. *n.* 138. Ratio est, quia etsi spolium sit gravius attentato, attentatum tamen, ut *n. praec.* dixi, etiam judicem, et quidem magis, quam partem offendit, legisque prohibitione resistit.

128

3. Intentans interdictum probare debet possessionem et spoliationem; *c. consultationem* 10. *de offic. deleg.* agens autem via attentati sufficit, si probet possessionem, abstrahendo, an vis intervenerit, vel non; Abb. *in c. bonae cit. n.* 19. Pirh. Vviest. *l. cit.*

4. Agenti *unde vi*, opponi potest defectus notorius proprietatis; *c. fin. de restit. spol. in* 6. item exceptio alterius spolii; *c. cum dilectus* 2. *V. sed quoniam, et c. fin. de ord. cognit.* neutrum autem objici potest agenti remedio attentati; Abb. *n.* 20. Vall. *n.* 1. Pirh. Vviest. *l. cit.*

5. Agenti interdicto potest objici exceptio excommunicationis; quia pro ardore habetur: at in agente remedio attentati distinguendum est, an appellaverit judicialiter, vel extrajudicialiter; nam si primo modo appellavit, exceptio excommunicationis ei non obest, cum hujusmodi appellatio magis sapiat naturam defensionis; obest autem, si appellet secundo modo, cum talis appellatio magis sit provocatio; Decius *cons.* 200. *col. fin. vers. secundo*, Vall. *n.* 4. Pirh. Vviest. *l. cit.*

6. Agens interdicto in beneficialibus, et similibus causis secundum communem multorum sententiam, ad instantiam partis, aut saltem judici pro sua informatione ex officio petenti, exhibere aliquando debet titulum coloratum: non vero via attentati post appellationem innovata revocans; nam in hoc remedio nulla requiritur prioris status justitia, sed sufficit sola veritas, quod aliquid innovatum sit; *arg. c. bonae, etc. ex parte cit.* et DD. hactenus allegati.

129

Quaeritur 9. quando, quomodo, et coram quo judice non peti revocatio attentatorum possit? Resp. *Ad* 1. peti potest in quacumque parte judicii usque ad conclusionem in causa, non ultra; Gaill. *l.* 1. *obs.* 146. *n.* 10. Vall. §. 15. *n.* 7. Pirh. *n.* 248.

Ad 2. Petuntur autem revocari dupliciter, aut implorato principaliter officio judicis pro ipsorum revocatione, aut accessorie prosequendo sc. appellationem. Et hoc casu, quamvis super libello attentatorum contestata lis fuerit, si a causa principali separari queant, revocari ante sententiam definitivam poterunt; alias si talia sint, ut

non possint rescindi, nisi per sententiam definitivam, ea exspectanda erit, ut in casu *l. chirographis* 57. §. *ab eo* 1. *ff. de administr. tutor*: Gaill. *l. cit. n.* 8. Vall. *n.* 8.

Ad 3. cognitio de revocatione attentatorum post appellationem pertinet ad judicem appellationis. Colligitur ex *c. sollicitudinem* 54. *hoc tit.* et ratio est, quia qui de principali cognoscit, is etiam de accessoriis, seu connexis cognoscere debet; id enim juris est in accessorio, quod in principali; *arg. reg. accessorium* 42. *in* 6. atqui causa revocandi attentata est accessoria causae appellationis, quippe ex illa dependens; ergo etc. Ex quo sequitur, quod judex inferior, sicut non potest cognoscere de causa appellationis, ita nec de attentatis post illam, si contingant articulum appellationis; Pirh. *n.* 255.

§. IX.

De recusationibus.

SUMMARIUM

130 *Quid sit recusatio?*
131 *In quibus conveniat cum appellatione?*
132 *In quibus differat?*
133 *Quomodo proponi debeat?*
134 *Quando?*
135 136 *Quis judex recusari possit?*
137 138 *Ex qua causa?*
139 140 *Quis de causa ista possit cognoscere?*
141 142 143 *Quod sit officium arbitrorum electorum in causa recusationis?*
144 145 146 *Quis sit effectus recusationis?*

130

Quaeritur 1. quid sit *recusatio judicis*? Resp. *Recusatio est* judicis, vel jurisdictionis ipsius, proposita causa suspicionis, declinatio, eo, quod judex ex causa verisimili suspectus sit. Colligitur ex *can. fin. caus.* 3. *q.* 5. *causam* 17. *et cap. suspicionis* 39. *de offic. deleg. c. secundo* 41. §. *fin. h. tit. l. apertissimi* 16. *C. de judic.* et notat Durand. *specul. tit. de recusat. princ.* Pirh. *hic num.* 265. Vviest. *n.* 142. Finis recusationis est, ut lites majore sinceritate procedant; nam quodammodo naturale est suspectorum judicum insidias declinare, et inimicorum judicium semper velle refugere.

131

Quaeritur 2. quomodo appellatio, et recusatio inter se conveniant? Resp. Conveniunt maxime in tribus: 1. Quod sicut per ap-

pellationem receditur ab audientia judicis, ejusque jurisdictio suspenditur, ita et per recusationem, ita, ut judex in causa, in qua recusatur, non possit ad aliquem actum procedere, et si processerit, processus sit nullus: Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de appell. n.* 24. Vall. *hic* §. 18. *n.* 1. Pirh. *n.* 266. *Excipitur*, si recusans post recusationem consenserit in judicem recusatum, vel coram eo comparuerit, nulla protestatione interjecta, quod velit sibi salvam manere recusationem: 2. Sicut sine justa, et probabili causa expressa non admittitur appellatio ab interlocutoria, ita nec recusatio judicis; gloss. *in c. super eo* 12. *V. sicut appellationi h. tit.* Ex quo sequitur, quod recusatio similior sit appellationi ab interlocutoria, quam definitiva sententia; quia in hac non requiritur expressio causae secundum dicta *n.* 59. *supra*: 3. Sicut regulares appellare possunt a correctione superioris, si modum in hac excedat, ita eundem recusare, si ob passionem credatur excessurus in corrigendo, modo causa suspicionis sit manifesta; Sanch. *l.* 6. *moral. c.* 8. *n. ult.*

132

Quaeritur 3. quomodo appellatio, et recusatio a se invicem differant? Resp. 1. non appellatur a judice, nisi gravet; et tamen recusari potest, etiamsi non gravet: 2. Potest quis appellare a judice, in quem consensit; non potest autem hunc recusare; *c. insinuante* 25. *de offic. deleg. etc. causam* 14. *de sentent. et re judic.* 3. Ab officiali, seu vicario generali non potest appellari ad episcopum; potest tamen coram hoc ille recusari; *c. si contra* 4. *in fin. et ibi* gloss. *fin. de offic. deleg.* 4. Appellatio necessario fit ad alium, eumque majorem; non item recusatio: gloss. *cit.* 5. In eadem causa non licet tertio appellare, et tamen post secundam appellationem licitum est judicem recusare; *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. etc.* 6. Addunt nonnulli, quod notorie delinquens non possit appellare, possit tamen recusare judicem suspectum. Sed oppositum verius est, nempe quod in notoriis etiam non admittatur recusatio judicis: quamvis admittatur exceptio de incompetentia ejusdem; quia judex incompetens semper censetur gravare, licet factum sit notorium.

133

Quaeritur 4. quando proponi debeat recusatio judicis? Resp. Proponi debet intra dies 20. post libellum oblatum ante litis contestationem; *c. inter* 20. *de sentent. et re judic. l. apertissimi* 16. ibi: *antequam lis inchoetur* junct. gloss. *V. eod. C. de judic. auth. offeratur cod. de lit. contest.* Ratio est, quia exceptio recusatoria judicis tanquam suspecti pertinet ad dilatorias exceptiones, quae, ut *tit.* 25. *n.* 20. dictum est, ante litis contestationem proponi debent. Imo haec exceptio ante alias dilatorias proponi debet, ut notat gloss. *in c. in-*

ter cit. V. subeundo : et ratio est, quia si super aliis dilatoriis subiret judicium, in judicem consensisse, adeoque exceptioni recusationis renuntiasse censeretur.

Excipitur 1. si post aliam exceptionem dilatoriam propositam, vel post litis contestationem causa suspicionis primum supervenerit; nam quae de novo emergunt, novo habent opus remedio; *l. de aetate* 11. §. *ex causa* 8. *de interrog. jur. faciend. Excipitur* 2. si causa suspicionis antea quidem extiterit, sed post litis contestationem primum in notitiam rei venerit; quia justa ignorantia excusat; *reg. ignorantia* 13. *in* 6. *Excipitur* 3. si super alia dilatoria, v. g. actorem esse excommunicatum, judicium subeat cum protestatione, ut salva maneat exceptio recusationis propter suspicionem; *c. pastoralis* 4. et *ibi* gloss. *V. protestare de except.*

134

Quaeritur 5. quomodo proponi debeat recusatio? Resp. Duo communiter requiruntur: 1. Debet proponi in scriptis, sive oblato judici libello recusatorio; *l. apertissimi cit.* ibi: *libello recusationis ei porrecto*, gloss. *in c. secundo* 41. *V. coram eodem h. tit.* Gaill. *l.* 1. *obs.* 33. *n.* 13. Vall. *hic* §. 18. *n.* 4. Pirh. *n.* 271. Vviest. *n.* 144. Ratio est, quia hujusmodi recusatio appellationi ab interlocutoria aequiparatur, quae fieri in scripto debet secundum dicta *n.* 62.

2. In libello recusatorio allegari debet justa causa suspicionis, et recusationis: et quidem specifice expressa de jure canonico; *c. secundo cit. in fin. cap. cum speciali* 61. *princ. h. tit.* civili jure spectato, secundum aliquos sufficit allegatio generalis per textus *l. apertissimi* 16. eique subjectae *auth. si vero C. de judic.* ubi modus praescribitur recusandi suspectum judicem, non tamen fit mentio expressionis causae specialis.

Sed melius etiam hoc jure expressionem causae requirunt Cujacius *l.* 9. *obs.* 23. Gilcken *in l. apertissimi cit. n.* 17. *et* 18. Haun. *in Treutl. vol.* 1. *D.* 12. *q.* 41. Vviest. *hic n.* 147. ob textus *l. fin. C. de judic.* et *l. si pariter* 9. *princ. ff. de liberal. caus.* ibi, *nisi justam causam afferat*, *quare ad eum mitti non debeat etc.* Accedit usus, et praxis tribunalium, ipsaque ratio, quia judicis recusatio ad sugillationem existimationis, et quodammodo injuriam illius pertinet; contra vero explorati est juris, quoties aliquid ad injuriam, et existimationis alienae sugillationem pertinet, in specie, et nominatim debere exprimi; *l. item exigit* 16. *ff. de dolo*, et *l. praetor* 7. *princ. ff. de injur.* praesertim si vergat in contemptum judicis, propter praesumptionem, quae pro integritate illius militat; *c. sicut* 16. *in fin. de sent. et re judic.* et *l. fin. C. de offic. civil. judic.* ibi, *quod non arbitramur.*

Neque obstant *l. apertissimi*, et *auth. si vere cit.* nam textus isti, cum aperte non adversentur, interpretationem ex aliis legibus, SS. canonibus, et curiarum praxi debent accipere.

135

Quaeritur 6. quis judex recusari possit? *Certum est* 1. praetextu suspicionis recusari non posse principem supremum, qui non habet alium superiorem judicem in terris, uti est papa in spiritualibus, imperator, vel rex in temporalibus; Abb. *in relect. c. siquis contra* 4. *de for. compet. n.* 25. Pirh. *tit. eod. n.* 205. quia non habet alium judicem superiorem, qui de causis possit cognoscere; et majestas illius omnem suspicionem ab eo removet.

Certum est 2. jure canonico recusari posse judicem tam ordinarium, quam delegatum, etiam episcopum; *c. secundo* 41. §. *tertio*, *cap. cum speciali* 61. *etc.* Imo totum collegium recusari posse, communiter est receptum; *arg. cap. licet* 10. *de for. compet.*; Gaill. *libr.* 1. *observ.* 33. *n.* 2.

Certum est 3. jure etiam civili recusari posse judicem delegatum, tanquam suspectum; *l. apertissimi* et *l. fin. C. de jud.* nisi delegatio extet a principe cum clausula, *remota recusatione.* Idem videtur dicendum de commissariis datis ad recipiendos, et examinandos testes, quia delegatam jurisdictionem habent; Gail. *l. cit. n.* 7.

136

Controversia est, an jure civili recusari ob suspicionem possit judex ordinarius interior? In qua communis DD. consentiunt in negativam, moti textu *auth. si vero C. de judic.* ubi judici ordinario, justa ratione recusato, cognitio causae non omnino adimitur, sed statuitur, ut ei adjungatur archiepiscopus, vel episcopus, aut, ut habet moderna praxis, alius vir bonus, ac discretus, minimeque suspectus.

Alii tamen cum Hilliger *ad Donel. l.* 17. *c.* 25. *lit. Q.* textu *auth. cit.* putant consilium dumtaxat contineri, unde existimant utroque jure tam ordinarium, quam delegatum judicem recusari posse: quod firmant etiam argumento ducto ex ratione; quia cum ordinarius non minus suspectus esse possit, quam delegatus, non fuit ratio ob suspicionem permittendi potius recusationem unius, quam alterius.

Quidquid sit, in praxi observanda est curiarum consuetudo, ut recte advertit Haun. *to.* 5. *de J et J. tr.* 2. *n.* 75.

137

Quaeritur 7. quae sit justa causa recusandi judicem? Resp. Hoc certo definiri nequit, sed arbitris plerumque ad id electis examinandum relinquitur, ad quos non esset necesse recurrere, si ejus in jure certa extaret definitio. Justa interim, et indubitata reputatur om-

nis illa, quam canon, vel lex pro tali habent. Tales autem variae censentur, et possunt reduci ad tria capita.

1. Quando judex recusatus est recusatoris inimicus: quod praesumi potest 1. si litem, seu judicialem controversiam habeat cum judice; nam ex litibus solent oriri inimicitiae: unde is, qui cum aliquo contendit in judicio, dicitur ejus adversarius; *c. de quod vult. Deo* 1. *de judic.* 2. Si judex illi minatus sit, quod occasione oblata, ei velit nocumentum inferre, aut se de eo vindicare; non enim solum censetur inimicus, qui actu infert injuriam, sed etiam, qui conatur inferre. 3. Si signum benevolentiae, seu amicitiae ipsi denegel, quod aliis ejusdem conditionis, et status hominibus exhibere solet.

138

2. Quando judex recusatus habet specialem affectionem, aut relationem ad adversarium recusantis. Colligitur haec 1. si judex sit alterius partis consanguineus, vel affinis; *c. accedens* 4. *ut lit. non contest.* 2. Si Dominus; *cap. causam* 17. *de offic. deleg.* 3. Si socius, vel collega; *c. cum R.* 35. *eod.* 4. Si familiaris magna sc. non modica familiaritate; *cap. insinuante* 25. *eod.* 5. Si patronus, vel cliens; *l. lex* 5. *princ. ff. de injur.* Ratio horum omnium est, quia censetur tales peculiariter diligere, aut defendere velle.

3. Quando judex recusatus habet specialem affectionem erga causam, quae proponitur in judicio. Talem habere censetur. 1. si in eodem negotio egerit advocatum, vel procuratorem. 2. Si ut privatus similem causam habet in alio tribunali. 3. Si ex causa in judicio proposita speciale aliquod emolumentum redundaturum sit in ipsum judicem: quorum ratio est; quia praesumitur ita judicaturus, sicut pro se judicari cupit, ne sibi contradicat.

Potestque his casibus recusari non solum ordinarius, sed etiam ejus vicarius, licet in specie adversus vicarium nulla alia sit suspicio: item quando suspectus est dominus, ex eadem suspicionis causa allegari ut suspecta potest tota ejus familia. Videatur Maran. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de appell. a n.* 27. ubi 40. omnino causas recusandi enumerat.

139

Quaeritur 8. quis de causae in recusatione expressae veritate, et legitimitate possit cognoscere? Videtur pertinere ad judicem recusatum, ex generali regula, quod cujusque judicis regulariter sit cognoscere, an sua sit jurisdictio; *l. ex quacumque* 2. *ff. siquis in jus vocat. non ier. et l. siquis* 5. *ff. de judic.*

Sed dicendum hoc non ad judicem recusatum (ne in propria causa jus dicat contra regulam *rubr. et l. unic. C. ne quis in sua*

caus.) sed ad arbitros ad id clectos fere, et regulariter pertinere, qui ab ipso judice recusato, et ejus recusatore, vel ab ipso et ipsius adversario, si quem habet, eligi, et de causa suspicionis proposita cognoscere debent iotra termioum competentem ipsis praefixum: interim autem, dum istud fit, judex recusatus a cognitione causae supersedere debet, oisi recusatio maoifeste sit frivola; oam si talis sit, insuper habita causa suspicionis sibi objectae, in negotio principali procedere non prohibetur; Abb. *in c. cum speciali* 61. *h. t. n.* 12. Barb. *n.* 1. Laym. *n.* 4. Sicut de ea etiam cogooscit, quaodo allegata suspicioois causa non probatur; vel quae probata est, insufficieos esse proouotiatur.

140

Dixi *fere*, *et regulariter*; nam variis casibus de causa suspicionis alii cognoscuot. 1. Cum delegato recusato praesens est delegans; nam arbitri in casu, quo delegatus papae ob suspicionem recusatur, ad cognoscendum de causa suspicionis ideo solum eliguntur, quia delegaos multum distat, et plerumque sioe magnis sumptibus, et molestiis adiri ooo potest; Abb. *in repetit. c. siquis contra* 4. *de for. compet. n.* 21. Molio. *tr.* 5. *de J. et J. D.* 23. *n.* 15. Vvies. *hic n.* 149. 2. Cum recusatur officialis, aut vicarius geoeralis episcopi, unum cum ipso tribunal constituens; tom enim de causa suspicionis cognoscere ad episcopum pertinebit, oisi hic aliunde suspectus sit, aut procul absit; *cap. si contra* 4. *pr. vers. cum autem de offic. deleg. in* 6. Molio. Vvies. *l. cit.* et alii apud istum; 3. Quando tanquam suspectus recusatur uous ex duobus ad eaodem causam delegatis cum clausula, *si ambo non potestis*, *unus procedat*; nam tali casu de recusatioois articulo cogooscere potest condelegatus ooo recusatus, ut iotelligat, ao clausulae cooditio impleta, et jurisdictio sua soluta sit; *c. si contra cit.* Molio. Vvies. *l. cit.*

Ad regulam in contrarium allatam dico, illam non procedere, quaodo judex recusatur, quia suspectus, propter praesumptiooem, ne forte noceat parti eum recusanti: uodc sicut suspectus est in causa priocipali, ita etiam in quaestiooe iocidente competeotiae, vel incompeteotiae.

141

Quaeritur 9. quod officium sit arbitrorum electorum io causa recusationis judicis? Resp; 1. omoia, quae spectant ad articulum suspicioois, possunt arbitri peragere, veloti citare testes, et compellere ad testificandum; eos, si delinquaot, punire, ipsos examioare, exceptiooes cootra persooas, aut dicta ipsorum admittere, pronuntiare, ao causa suspicioois sit justa, et probata, vel noo; Host. *in c.* 39. *de offic. deleg. V. omnia* Molin. *tr.* 5. *D.* 23. *n.* 10. Pirh. *tit.*

de offic. deleg. n. 136. Dixi, *quae spectant ad articulum suspicionis*; nam de causa principali non possunt cognoscere: et hinc ubi pronuntiaverint super causa suspicionis, functi sunt officio suo, et potestas illorum cessat; Vall. *hic* §. 16. *n.* 6.

142

2. Cognita suspicionis causa, videndum, an probata illa sufficienter sit, vel non, aut probata quidem, sed tanquam idonea judicata. Si *primum*, sententia desuper lata per arbitros, judex cognitionem causae principalis alteri demandabit de consensu recusatoris, vel ad superiorem remittet, prout statutum est *cap. cum speciali* 61. *princ. h. t.* Quod ipsum etiam facere potest omissa via eligendi arbitros, ut bene notat Molin. *l. cit. n.* 17. Si *secundum*, causa principalis ad judicem recusatum remittetur, isque perseverabit judex, *cap. secundo* 41. §. *tertio h. t.* Idem dicendum, si lapsum sit tempus praefixum arbitris, et hi intra illud de causa suspicionis pronuntiare neglexerint, vel detrectarint; nam eo casu sine ulla arbitrorum sententia, potestas procedendi ulterius revertitur ad judicem recusatum, et tollitur ejusdem suspensio; *c. legitima* 2. *h. t. in* 6.

143

3. Si duo arbitri electi, ut de causa suspicionis cognoscant, inter se concordare nequeunt, debent eligere tertium, ut quod duo ex his tribus decreverint, firmitatem obtineat; *c. cum speciali cit.* Possuntque ad hoc a judice recusato cogi etiam per censuram excommunicationis; *c. legitima cit. c. suspicionis* 39. *de offic. deleg.* Pirh. *hic n.* 275. *Excipitur*, nisi judex recusatus terminum minus competentem assignet arbitris, tunc enim ab eo appellari potest, per partes tamen, quae in hoc gravantur, et non per arbitros, nisi et hi graventur, ut quia contra ipsos profertur excommunicatio, si intra terminum assignatum causam suspicionis non definiat; glos. *in c. legitima cit. V. competens, et in addit.*

144

Quaeritur 10. quis sit effectus recusationis? Resp. Effectus est, quod postquam fuerit proposita, pendente desuper cognitione, nisi frivolam eam esse constiterit, judex in causa supersedere, nec ad ulteriora procedere debeat; alias quae circa eam innovarit, perinde, ut post appellationem attentata, ante omnia erunt revocanda, ut patet ex pluribus *cit.*

Controversia est inter interpretes, an ipso jure haec nulla sint, an vero validitas, vel nullitas sententiae, et processus pendeat ab eventu probandae, et improbandae causae, ita, ut probata causa recusationis, declaretur invalidus, improbata vero validus. Affirmant ipso jure nullam esse sententiam, et processum; glos. *in can. quoties*

16. *V. appellent. caus.* 2. *q.* 6. Marant. *de ord. jud. c.* 4. *dist.* 16. *n.* 4. Myns. *cent.* 3. *obs.* 59. Gail. *l.* 1. *obs.* 33. *n.* 12. Hilt. *process. p.* 2 *t.* 13. *n.* 30. Vall. *hic* §. 19. *n.* 4. *et* 5. Zoes. *n.* 38. Fundantur 1. quia satius est, ut impediatur, ne quid fiat, quam ut factum postea cum verecundia judicis recusati retractetur. 2. Quia generaliter sicut inimici, ita quoque suspecti non debent judicare in causa; *c. secundo* 41. §. *tertio h. t.* est enim periculosissimum, et a ratione alienum coram judice suspecto litigare. 3. Quia ipsa suspicionis exceptione proposita, judicis recusati jurisdictio ita suspenditur, ut non possit causam committere alteri, nisi de consensu recusantis; *c. judex* 5. *de offic. deleg. in* 6. igitur multo minus procedere potest in causa principali, nisi prius discutiatur articulus recusationis; cui enim non licet, quod minus est, multo minus licebit, quod majus est.

145

Sed distinguendum est, an causa objectae suspicionis notoria sit, an vero non. *Si primum* ex tali causa factam recusationem judicis obstare valori actorum satis convenit inter DD. teste P. Vviest. *hic n.* 154. *Si secundum,* videndum, an acta illa sint post electionem arbitrorum, an ante illam post recusationem. *Si prius*, iterum erunt ipso jure irrita; *arg. c. secundo cit.* §. *tertio*, *etc. cum speciali* 61. *prin. eod.* ubi dicitur, tum demum judicem recusatum posse uti jurisdictione sua, cum suspicionis causa intra terminum assignatum finita fuerit. Igitur per argumentum a sensu contrario intra terminum illum carebit usu jurisdictionis. *Si posterius*, Innoc. *in c. cum speciali cit. n.* 7. Imol. *ibid. n.* 18. *et* 21. Alex. *n.* 46. *et seq.* Pirh. *hic n.* 277. Vviest. *n.* 154. putant, sic acta a judice recusato non esse ipso jure nulla, sed valida, nisi interponatur appellatio, vel alio modo causa ad alium cum effectu transferatur. Colligitur ex *c. super quaestionum* 27. *in fin. de offic. deleg.* ubi a delegato, quando iste justae recusationis causam non admittit, conceditur appellatio, et ea solum habentur pro irritis, quae post hujusmodi appellationem interpositam acta fuerint. Igitur per argumentum a sensu contrario valida erunt, quae post recusationem, sed ante appellationem tamen sunt acta.

146

Neque obstant argumenta contraria *Ad* 1. major est verecundia judicis, si actus ab eo factus declarari debeat ipso jure nullus, cum hoc arguat ignorantiam juris, aut malitiam. *Ad* 2. inimicitia, et suspicio fundamentum praebent recusationis, non autem evincunt, quod acta sint omnino nulla. *Ad* 3. per textum *cap. judex cit.* acta judicis recusati non irritantur: imo potius contrarium ex eo colligitur; dum enim ibi judex recusatus permittitur saltem de consensu

recusantis causam delegare alteri, sequitur, quod adhuc habeat jurisdictionem.

§. X.

De relationibus.

SUMMARIUM

147

Quaeritur 1. quid sit *relatio*? Resp. *Relatio est judicis inferioris, in causa de jure dubitantis ad principem missa consulatio, ut sciat, quid in judicando sequatur;* Durand. *specul. tit. de relationib.* §. 1. *n.* 1. Marant. *de ord. jud. p.* 6. *tit. de appell. n.* 7. Vall. *hic* §. 20. *n.* 3. Pirh. *n.* 278. Vviest. *n.* 158. Dixi *de jure dubitantis;* nam relatio locum dumtaxat habet, cum judex inferior de jure ob ejus difficultatem, et ambiguitatem dubitat; tunc enim papam, vel principem consulere potest cum ejusdem sit interpretari leges, cujus est eas condere; *l. fin. C. de LL.* si quaestionem facti ad superiorem referat, non admittitur talis relatio, quia de hoc non consulere principem, sed ipsemet in rei veritatem, et qualitatem debet inquirere: imo illam ad superiorem referens praesumitur non bona fide agere, quia censetur hoc facere, ut se exoneret, et judicandi munus evitet; gloss. *in cap. intimasti* 68. *V. de inquisition. h. tit.* Barb. *ibid. n.* 3. Pirh. *n.* 278. *cit.*

148

Quaeritur 2. quomodo relatio conveniat cum appellatione, et ab hac differat? Resp. *Convenit* tripliciter maxime. 1. Quia sicut appellatio fit ab inferiore ad superiorem, ita et relatio. 2. Sicut pendente appellatione, ita etiam pendente relatione, imo etiam promissa duntaxat, nihil attentari, vel innovari debet; *l. ex illo* 13. *C. de appell. l. siquis* 1. *C. de relat.* 3. sicut per appellationem cognitio causae devolvitur ad superiorem, sic et per relationem, ita, ut apud referentem, seu remittentem esse desinat; *l. ad principem* 22. *ff. de appellat. hic* §. 20. *n.* 1. *differt ab appellatione*; quia appellatio post, relatio autem ante sententiam, et quidem non a par-

tibus sed a judice interponitur, eaque facta, et admissa super causa, non ipse superior, sed ad ejus remissionem, seu rescriptum judex inferior sententiam profert; *l. siquis cit.* Gonz. *in cap. licet* 5. *de offic. legat. n.* 5. *Excipiuntur* causae criminales, in quibus prius fertur sententia, ut demum princeps judicet, an eam sequi oporteat; *l. inter poenas* 6. §. *deportandi* 1. *ff. de interdict. et delegat.* Durand. *specul. tit. de relation.* §. 3. Vall. §. 10. *cit. n.* 2. Pirh. *n.* 281.

149

Quaeritur 3. ex quibus causis judex controversiam, vel ejus articulum transmittere ad superiorem possit? Resp. Plures enumerant Abb. *in cap. intimasti* 68. *n.* 2. *h. tit.* Marant. *de ord. judic. p.* 6. *tit. de appell. n.* 7. *et* 8. Pirh. *hic n.* 279. 1. quia est causa superiori specialiter reservata, de qua judex inferior cognoscere nequit, ideoque eam referre debet ad superiorem judicem competentem; *c. ut debitus* 59. *in fin. hoc tit.* 2. quia superior tali forma causam alicui delegavit, ut ea cognita, et instructa ad ipsum remittatur; *c. licet* 5. *de offic. legat. c. cum Bertholdus* 18. *de sent. et re judic. cap. ut nostrum* 56. *h. tit.* 3. quia causa est valde ardua, et dubia, et propterea judex inferior consilio superioris indiget. Ex his solum tertius modus ad titulum praesentem spectat; nam prioribus duobus modis accepta relatio potius reservatio dici debet.

150

Potest autem hoc tertio modo relatio fieri dupliciter 1. simpliciter prout olim juxta canones in magna judicum ignavia, vel timiditate fieri solebat; *c. dudum* 22. *de elect.* 2. addita declaratione opinionis ejus, in qua est referens. Utriusque modi relationes olim in frequenti fuerunt usu; novissimo tamen civili, *auth. novo jure C. de relation. et novell.* 125. *c.* 1. ab imper. Justiniano fuerunt sublatae, et constitutum, ut causa perfecte examinata per sententiam latam terminetur ab ipso judice, et executioni mandetur, nisi ab ea fuerit appellatum. Earum loco hodiernis moribus recurri frequenter solet ad jurisperitos, et academica istorum collegia, horumque exquiri consilium: quod donec reportetur, perinde ut relatione principi praesentata, quasi suspensa jurisdictione, circa causam nihil innovatur; Vall. *hic* §. 20. *n.* 5. Brunnem. *in l. siquis* 1. *C. de relationibus.* Jure ecclesiastico relationum usus retentus est, quamvis sit minus creber; Vviest. *hic n.* 159.

151

Quaeritur 4. quomodo relatio causae ad principem fieri debeat? Resp. Ut debito modo haec fiat, plura requiruntur. 1. ut plenam vel totius causae, si de tota causa sit dubium, vel articuli, de quo dubium est, instructionem, propositis omnibus facti circumstantiis, et

allegationibus utriusque partis contineat; *l. siquis* 1. *C. de relation.*

2. Si dubitetur de tota causa, simul mitti ad principem debent acta; *l. fin. C. eod.* si de articulo tantum, solum ille, de quo dubitatur, excerpendus, ad principem mittendus est, non vero totus processus, ne illius inspectione nimium fatigetur; Pirh. *hic n.* 280.

3. Relationem, vel copiam, sive exemplar illius edere prius partibus debet; alias eidem fides non adhibetur; *c. intimasti* 68. *h. tit.* Ratio est, quia judex posset non bene informare superiorem de causa, tacendo veritatem, vel exprimendo falsitatem. Hinc si relatio partibus edita nan videatur vera, vel sufficiens, eam refutare, et appellare possunt; *l. siquis* 1. *et l. seq. C. de relat.*

4. Copia haec tradi debet in forma authentica, ut non possit immutari; *c. quoniam* 11. *de probat.* nempe manu notarii, vel aliorum duorum virorum honestorum scripta, vel authentico sigillo munita; Abb. *in c. intimasti cit.* 1.

5. Utraque pars in relationem ipsis editam consentire debet; *l. super* 2. *et ibi* gloss. *V. probantur C. de relat.* sufficit autem, si non contradicant relationi; quia tacens consentire videtur, si consentire nolens contradicere deberet. Si una tantum pars consentiat, altera contradicat, relatio fidem non facit, nisi ea, quae referuntur, ex actis cognosci, probarique possint; Abb. *l. cit. n.* 2. *in fin.*

152

Quaeritur 5. quis sit effectus relationis? Resp. Effectus relationis est, quod sicut per appellationem, ita et per relationem jurisdictio inferioris judicis suspendatur; nam si iste causam referendam esse decrevit, ex eo tempore circa causam illam jurisdictio illius quiescit, seu suspensa est, ita, ut ea pendente nihil innovari, vel attentari debeat, nec de causae meritis inquiri, donec superior consulatur, et ipse, vel ejus successor responsum dederit; *c. licet* 5. *de offic. leg. l. ex illo* 13. *C. h. tit.* Host. *in summ. hic n.* 3. Durand. *ibid.* §. 5. Pirh. *n.* 282.

Procedit autem hoc solum, nisi partes consentiant; nam de partium consensu, si relatio promissa, nondum tamen sit facta, judex causam reassumere, camque iterum cognoscere potest, ut notat gloss. *in c. licet cit. V. transtulerat*, Host. Durand. Pirh. *l. cit.* Addidi *ante factam relationem*; nam postquam relatio, seu causa instructa principi est praesentata, tum neque cum partium consensu judici cognoscere, aut quidpiam immutare concessum est, ne illudatur principi, ut colligitur ex *c. bonae* 4. *de postul. praelat.* et notat Abb. *in cap. licet cit. n.* 3.

TITULUS XXIX.

De clericis peregrinantibus.

SUMMARIUM

1 *Quis nomine peregrinantium veniat?*
2 *Quando peregrinatio romana vim appellationis habeat?*
3 *Quinam gaudeant hoc privilegio?*
4 *Quid requiratur, ut arripiens iter ad papam privilegio isto gaudeat?*
5 *In quibus privilegium istud competat?*
6 *Poena eorum, qui romipetas capiunt, et spoliant etc.*

Appellationis vim, et effectum habet peregrinatio ad sedem apostolicam: unde de peregrinantibus subjicitur praesenti titulo.

1

Quaeritur 1. quis nomine *peregrinantium* veniat? Respond. *Peregrinans* in genere dicitur, quicumque per aliena loca peragrans proficiscitur. Hic specialiter capitur pro eo, qui ad sedem apostolicam profiscitur; *cap. un h. tit.* sive ex causa peregrinationis ad limina Apostolorum, sive ex alia causa necessaria, vel probabili illud faciat, ut tradit Innoc. *in cap. ut debitus* 59. *de appellat. n.* 2. Abb. *in c. un. cit. n.* 2. *et* 4. Alex. *ibid. n.* 10. Vallens. *hic n.* 1. Pirh. *n.* 1.

2

Quaeritur 2. quando peregrinatio ad sedem apostolicam vim, et effectum appellationis habeat? Resp. Tum vim, et effectum appellationis habet, quando fit intra 10. dies a sententia lata, vel gravamine illato, modo judici, vel parti intimetur; *arg. c. un h. tit.* Ratio est, quia talis, licet non verbis, aut scripto, facto tamen ipso ad sedem apostolicam appellasse censetur; *c. dilecti* 52. *de appellat.* Hinc sicut, pendente appellatione, judex *a quo* nihil innovare potest quoad articulos, sive articulum, super quibus, vel super quo appellatum est, sic etiam nihil innovandum est in rebus ejus, qui Romam ad sedem apostolicam proficiscitur; Vallens. *n.* 3. Ex quo sequitur, quod sicut quod innovatum est post appellationem interpositam, revocari debet, ita etiam, quidquid hujusmodi peregrinanti post arreptum iter ablatum, vel subtractum fuerit, eidem restitui debeat; Vall. *l. cit.* Pirh. *hic n.* 2. Vviest. *n.* 1. Imo hujusmodi peregrinatio plus operatur, quam appellatio; nam etiam ab onere petendi apostolos relevat, quod non facit appellatio; Anchoram. *in c.* 6. *de appell. in* 6. *n.* 3. *not.* 4.

3

Quaeritur 3. quinam gaudeant hoc privilegio? Resp. Etsi rubrica hujus tituli, et casus in eo positus loquatur de solo clerico peregrinante, id tamen, quod in eo statutum est, locum habet etiam in aliis peregrinantibus ad sedem apostolicam, etiam laicis; quia ratio hujus constitutionis generalis est, et ad laicos etiam pertinet, quod videlicet proficiscentes ad papam, sive sedem apostolicam sub ejusdem protectione esse censeantur; Laym. *in c. un. h. tit. v. quare*, Pirh. *n.* 1. *eod.* Vviest. *n.* 3. et alii communiter. Hinc dispositio hujus *cap.* amplior est, quam rubrica.

4

Quaeritur 4. quid requiratur, ut arripiens iter ad papam privilegio isto gaudeat? Resp. Requiritur 1. ut intra 10. dies id arripuerit; nam post decendium, a sententia lata, aut illato gravamine jam lapsum, arreptum iter sententiae executionem non impedit; Vviest. *n.* 4. *hic.* 2. ut iter judici, vel parti sit intimatum; quia alias non tenebuntur abstinere ab attentatis; cum sint in possessione sui juris, antequam constet illud per iter susceptum suspensum esse. 3. ut iter hoc arreptum sit ante citationem; nam si quis illud arripiat, postquam jam praeventus est citatione, non prohibetur judex in causa contra eum moveri coepta procedere; *cap. meminimus* 9. *de appell.* Vviest. *n.* 4. *cit.* 4. ut si adversarius ejus impetrarit contra ipsum litteras apostolicas ad delegatum, harum notitiam nondum acceperit; nam si iter arripiat, postquam litterarum istarum notitiam jam accepit, profectio romana ei non prodest, quod illud malitiose non tam ad removendum gravamen, sed ad justitiam opprimendam arreptum praesumatur; *cap. suggestum* 15. *de appell.*

5

Quaeritur 5. in quibus rebus proficiscenti ad papam privilegium hoc competat? Resp. Etsi *c. un. h. tit.* de iis tantum agere videatur, quae contra ejusmodi peregrinantem post arreptum iter extra judicium attentata, eisque ablata sunt, intelligenda tamen ejus dispositio etiam est de iis, quae contra eundem in judicio per processum, et sententiam judicis auferuntur; *arg. c. cit.* ubi statuitur contra proficiscentes ad papam nihil attentandum, quia *cum rebus suis debent esse sub apostolica protectione securi*: quae ratio universalis est, et locum habet, sive contra illos aliquid attentetur intra, sive extra judicium. Possuntque contra eos, qui sic peregrinantium seu absentium possessiones turbant, vel occupant etiam propinqui illorum, parentes, amici, quin et servi agere in judicio, ut restituatur possessio; neque requiritur in his mandatum, sed sufficit,

modo de rato caveant; *l. judices* 1. *C. si per vim, vel alio modo etc.* gloss. *fin. in c. un.* Pirh. *hic n.* 3.

6

Quaeritur 6. quae sit poena eorum, qui romipetas, et peregrinantes ad limina Apostolorum capiunt, vel spoliant rebus, quas secum ferunt? Resp. Hi excommunicationem incurrunt; *can. siquis* 23. *caus.* 24. *q.* 3. quae est reservata papae in bulla coenae; *can.* 9. *et* 10. Estque perinde, sive devotionis, sive alia de causa Romam accedant, et extenditur non solum, cum eo tendunt, sed etiam, cum ibi morantur, vel inde redeunt; Pirh. *n.* 4.

TITULUS XXX.

De confirmatione utili, et inutili.

SUMMARIUM

1 *Summa praesentis tituli.*
2 *Definitio confirmationis.*
3 *Varietas.*
4 *Quid intersit, an facta sit in forma communi, vel speciali?*
5 *In qua forma censeatur facta in dubio?*
6 *Signa, ex quibus colligitur, quod facta sit in forma speciali.*
7 *Quibus casibus etiam in forma speciali facta non habeat vim validandi actum invalidum?*
8 *An privilegiorum invocatio habeat vim confirmationis, ita, ut novum jus tribuat?*
9 *Quis cognoscere in dubio de confirmatione possit?*

1

Dictum est in praecedentibus duobus titulis, quomodo sententia per appellationem, vel peregrinationem ad sedem apostolicam suspendatur, et potestas cognoscendi de hujus justitia devolvatur ad superiorem. Cum vero contingat saepenumero, ut ejusmodi sententia ab hoc confirmetur, tanquam legitime pronuntiata, hinc in titulo praesenti agitur de confirmatione utili, et inutili: et quidem generaliter, ut non solum includat confirmationem sententiae, sed etiam possessionis, privilegiorum, instrumentorum, officiorum, transactionum, statutorum etc.

2

Quaeritur 1. quid sit *confirmatio*? Resp. *Confirmatio est juris prius habiti, seu quaesiti per legitimum superiorem facta corrobo-*

ratio; Host. *in summ. hic n.* 1. Tusch. *V. confirmatio concl.* 704. *n.* 1. Decius *in rubr. h. tit.* Pirh. *n.* 1. Dixi 1. *juris prius habiti*; nam confirmatio semper praesupponit aliquid prius esse, quod confirmetur: ac proinde sicut ratificatio est quaedam convalidatio actus praecedentis, ita et confirmatio. Dixi 2. *per legitimum superiorem*, nam quae a privatis fiunt, approbationes potius, quam confirmationes dicentur; Barbos. *h. tit. in princ.* Ratio est, quia confirmatio proprie dicta ad imperium pertinet, quo par in parem, et multo magis inferior in superiorem caret. Dixi 3. *Corroboratio*; nam confirmatio supponit valorem actus: et hinc si actus ille, qui confirmatur, invalidus est, neque confirmatio eidem valorem tribuit, nisi casu, quo superior confirmans clare significat se actui daturum valorem, etiamsi per se non sit validus, sed tunc potius innovatio quaedam actus, seu nova concessio, aut provisio, quam confirmatio, erit, ut infra *n.* 4. dicetur.

3

Quaeritur 2. quotuplex sit confirmatio? Resp. Duplex est: una dicitur *confirmatio simplex*, seu *in forma communi*, *et ordinaria*; altera *in forma speciali*, seu *ex certa scientia*. *Priore modo* fit confirmatio, quando princeps, vel alius superior, potestatem confirmandi habens, nulla, vel non exacta causae cognitione praemissa, adeoque de negotio non plene, sed confuse tantum instructus, contractum, vel actum ab inferiore gestum confirmat in eo statu, in quo antea fuit. *Posteriore modo* autem quando actum ab inferiore gestum confirmat, pensatis, et examinatis totius negotii circumstantiis, et qualitatibus, adeoque cum perfecta ejus notitia; Abb. *in c.* 1. *h. tit. n.* 6. Gonz. *in c.* 2. *eod. n.* 5. Vviest. *hic n.* 3.

4

Quaeritur 3. quid intersit, utro ex his modo confirmatio fiat? Resp. interesse plurimum; nam si in forma communi facta sit, quamvis actum valide, et legitime gestum approbando eidem firmitatem, et authoritatem majorem conferat, nullam tamen vim, et effectum habet respectu actus invalidi, quem in sua nullitate relinquit; Suar. *l.* 8. *de l. c.* 18. *n.* 8. Oliva *For. eccl. p.* 1. *q.* 40. *n.* 2. Pirh. *h. n.* 3. Viest. *n.* 6. Ratio est, quia confirmatio ita facta quodammodo conditionalis est, et includit tacitam conditionem, *si sententia juste lata*, *si electio canonica*, *si privilegium legitime obtentum fuit*: idque ex natura confirmationis, quae, nisi aliud exprimatur, nihil de novo facit, sed roborat factum.

At vero confirmatio, quae fit in forma speciali, et ex certa scientia, novum jus tribuit actui confirmato, cumque si forte invalidus esset, firmum facit, et validum, supplendo defectus, qui in

eo intervenerunt, et suppleri possunt, ac solent a confirmante; quia aequivalet novae concessioni; Suar. *l. cit. n.* 10. Laym. *in c.* 1. *h. t. n.* 5. Gonz. *ibid. n.* 5. Pirh. *hic n.* 4. Vviest. *n.* 7.

Atque hinc fit, quod si privilegia alicui ordini religioso olim concessa, postea vero per papam, vel trid. revocata, nunc iterum confirmentur, si in forma communi hoc fiat, per ejusmodi confirmationem non reviviscant, neque revalidentur; reviviscant autem, si confirmentur in forma speciali, et ex certa scientia; Rodr. *tom.* 1. *qq. regul. q.* 8. *a* 6. Laym. *l.* 1. *theol. mor. tr.* 4. *c.* 23. *num.* 16. *q.* 4. Donat. *prax. reg. tom.* 1. *p.* 1. *tr.* 11. *q.* 2. *n.* 4. *et* 10. Pirh. *hic n.* 4. Vviest. *n.* 7.

5

Quaeritur 4. in qua forma facta confirmatio censeri in dubio debeat? Videtur dicendum, factam esse in forma speciali: quia quemlibet actum, praesertim papae, vel alterius supremi principis, interpretari convenit, ut aliquid operetur, et otiosus non sit: *arg. l. item veniunt* 20. §. *praeter* 6. *in fin. ff. de haeredit. petit.* et *l. quoties* 12. *ff. de reb. dub.* atqui confirmatio in forma speciali plurimum, in forma communi parum, et pene nihil operari videtur, cum invalido actui vim nullam conferat, validus autem actus absque ea robur habeat, et subsistat. *Conf.* quia *cap. quia diversitatem* 5. *de concess. praebend.* et *cap. examinata* 7. *h. t.* mentio fit de diversis clausulis addi solitis confirmationi in forma communi: igitur si omittantur, confirmatio debet censeri facta in forma speciali.

Sed dicendum, omnem confirmationem censeri debere factam in forma communi, et ordinaria, nisi aliquod signum apponatur, ex quo constat eam factam esse in speciali. Ita docet Card. Tusch. *V. confirmatio concl.* 708. *n.* 11. Suar. *c.* 18. *cit. n.* 7. Donat. *tr.* 11. *cit. q.* 6. *n.* 1. Oliva *q.* 40. *cit. n.* 30. Pirh. *hic n.* 5. Vviest. *n.* 9. Ratio est, quia confirmatio simpliciter, et nullo addito facta supponit rem esse, quae confirmatur, cum sit qualitas accidentalis; non entis autem nullae sint qualitates.

Ad rationem dubitandi dico confirmationem in forma communi non esse otiosam, quia ita confirmando actum princeps quodammodo suum facit: cujus effectus est, ut quod ita confirmatum est, magis observetur, neque ita facile impugnetur, aut evertatur. Imo talis confirmatio, ut in electionibus, aliquando tribuit jus in re, cum absque illa, electus tantum habeat jus ad rem. *Ad conf.* negatur consequentia; solum enim sequitur, quod utiliter addantur.

6

Quaeritur 5. unde colligatur confirmationem factam in forma speciali? Resp. Hujus signa sunt 1. si in instrumento, seu rescri-

pto confirmationis inseratur totus tenor dispositionis; vel actus, qui confirmatur; *c. venerabilis* 8. *hoc tit.* gloss. *ibid. in cas. et V. tenor compositionis*, Abb. *n.* 2. Suar. *c.* 18. *cit. n.* 5. Oliv. *q.* 40. *cit. n.* 5. Pirh. *n.* 6. Vviestner *n.* 4. Ratio est, quia tunc constat principem sufficientem rei notitiam, et scientiam habuisse, ideoque non obstante defectu aliquo voluisse authoritate sua dispositionem, vel actum confirmare, et firmum, validumque reddere.

2. Si iu rescripto, sive litteris confirmationis expresse adjecta sit clausula *ex certa scientia*: proceditque hoc, etsi tenor dispositionis, vel actus, qui confirmatur, litteris illis non sit insertus: Abb. *in c. examinata* 7. *h. tit. in* 6. Suar. *c.* 18. *cit. n.* 6. Donat. *q.* 5. *n.* 4. Oliva *n.* 6. Pirh. *n.* 8. Vviest. *n.* 4. *cit.* Ratio est, quia principi, affirmanti se sufficientem habuisse rei notitiam, adeoque non ignorasse defectum, qui per ejus potestatem supplendus fuit, credendum est.

3. Si confirmatio fiat per verba, quae clausulae, *ex certa scientia* aequipollent, qualia sunt, si dicat, se confirmare actum *ex plenitudine potestatis*, vel *contraria non obstante dispositione*, aut *omnes juris, et facti defectus supplendo etc.* Felin. *in c. nonnulli* 28. *de rescript.* n. 13. *fall.* 5. Suar. *n.* 6. *cit.* Donat. *n.* 7. *et* 8. cum aliis *supra.* Ratio est, quia per hujusmodi clausulam papa, vel princeps significat se velle confirmationem dare non secundum jus commune, sed supra vel contra jus ordinarium, quod non praesumitur facere, nisi ex certa scientia.

4. Si ex aliis verbis rescripti confirmatorii, vel ex narratis in illo constet, principem cum plena causae cognitione dispositionem, vel actum confirmasse; Abb. *in c. cum inter* 5. *de except. n.* 7. Felin. *ibid. n.* 2. Donat. *n.* 8. *cum citt.* Ratio est, quia non interest, quo modo mentem suam confirmans exprimat, cum taciti, et expressi sit eadem vis.

5. Denique si actus confirmatio a confirmante iteretur; Abb. *in c. porrecta* 6. *hoc tit. n.* 5. Donat. *n.* 5. et reliqui *supra.* Ratio est, quia geminatio rescripti habet vim clausulae *ex certa scientia.*

7

Quaeritur 6. quibus casibus confirmatio in forma speciali, et ex certa scientia non habeat vim tribuendi valorem actui secundum se irrito? Resp. esse; et 1. quidem si dispositio, vel actus, qui confirmatur, laborat defectu indispensabili a confirmante, ut si sit contra jus naturale, divinum, gentium; Abb. *in c.* 1. *de transact. n.* 5. Imol. *ibid. n.* 7. Berojus *in c.* 1. *h. tit. n.* 27. Laym. *ibid. n.* 7. Pirh. *hic n.* 9. Vviest. *n.* 8.

2. Si defectus, quo laborat dispositio, vel actus, sit quidem dispensabilis a confirmante, talis tamen, in quo dispensare non soleat; nam tunc, ut dispensasse censeatur, specialis mentio defectus in rescripto confirmationis fieri debet; Laym. *l. cit. n.* 8. Pirh. Vvies. *l. citt.*.

3. Si princeps defectum, seu nullitatem actus supplere non possit sine praejudicio alterius; quia jus tertio quaesitum tollere, aut ei derogare princeps, si specialiter non exprimat, nunquam censetur; Berojus *n.* 28. Laym. Pirh. Vviest. *l. citt.*

4. Si actus confirmandus irritus sit ob defectum consensus, et hic jure naturali requiratur ad actum, vel contractum, uti est in matrimonio, non potest eum papa, vel princeps confirmatione sua supplere, cum non possit facere ex nolente volentem; Abb. *in c.* 1. *h. tit. n.* 13. Suar. *l.* 8. *de leg. c.* 18. *n.* 15. Pirh. *n.* 10. *hic.*

5. Denique clausula *ex certa scientia*, vel alia aequivalens nihil operatur in iis, quae princeps ignorare praesumitur, ut sunt illa, quae in facto consistunt, veluti statuta, et consuetudines particulares locorum, nisi tenor eorum in rescripto confirmatorio expressus esset, vel aliunde constaret de mente confirmantis; Laym. *loc. cit.* Pirh. *n.* 9.

8

Quaeritur 7. an privilegiorum innovatio habeat vim confirmationis, ita, ut jus novum tribuat? Resp. distinguendo: vel enim innovatio est mere materialis, sive ipsius instrumenti per nimiam vetustatem consumpti, vel est formalis, sive ipsius gratiae, et juris privilegio conoessi, et in instrumento contenti.

Si primum, nullum jus novum per hujusmodi invocationem confertur, prout diserte patet ex *c. cum dilecta* 4. *h. tit. cap. ex parte* 13. et *c. quia intentionis* 29. *de privil.* Ratio est, quia ejusmodi innovatio tantum fit ad conservationem tenoris instrumenti, et faciliorem probationem ejus, quod in illo continetur; Suar. *l.* 8. *de legib. c.* 20. *n.* 3.

Si secundum, tunc juxta dicta *n.* 4. distinguendum est: an hujusmodi innovatio facta sit tantum in forma communi, an vero in forma speciali. Nam *si in forma communi tantum facta sit*, tantum roborat, et authoritatem addit juri jam prius quaesito, et nunquam revocato, vel amisso. *Si vero fiat in forma speciali*, gratiam, et jus de novo confert, et privilegium, quod per revocationem, usum contrarium, non usum etc. amissum est, redintegrat; Suar. *l. cit. n.* 4. *et seqq.* Barb. *in c. cum dilecta* 4. *hoc tit. n.* 10. *et seqq.* Pirh. *hic n.* 26. Vviest. *n.* 12. *et* 13.

9
Quaeritur 8. quis cognoscere in dubio de confirmatione possit? Resp. cum distinctione: vel enim dubitatur, an confirmatio sit vera, vel falsa, seu illegitima, aut contra dubitatur, utrum facta sit in forma speciali, vel in forma communi. *In primo dubio* non potest judex inferior de ea cognoscere, ut cum Innoc. *in c.* 1. *princ. h. tit.* notat Pirh. *hic n.* 15. *In secundo dubio* id examinare, et definire judex inferior potest, ut sciat, an cognoscere, et judicare possit de re confirmata, necne, ut indicat Host. *in c.* 2. *h. tit.* Joan. And. *ibid. in fin.* Pirh. *l. cit.* eo fere modo, sicut judex *a quo* examinare potest, utrum appellatio sit justa, vel injusta, ut sciat, an debeat ei deferre, vel non, licet de ipsa causa appellationis cognoscere nequeat.

INDEX

RERUM ET VERBORUM

A

D

E

F

L

M

N

P

R

S

T

FINIS

TOMI SECUNDI PARTIS SECUNDAE.

REIMPRIMATUR

Fr. Dominicus Buttaoni Ord. Praed. Sac. Pal. Ap. Mag.

REIMPRIMATUR

Joseph Canali Archiep. Colossensis Vicesger.